Über die Wirkung des Konkurses auf das Kontokorrentverhältnis.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

Einer hohen

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Freiburg im Breisgau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Oskar Helbig,
Gerichtsassesor.

BERLIN
Verlag von R. Trenkel
1914.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. B.

Referent:
Prof. Dr. Merkel.

Dekan:
Prof. Dr. Partsch.

Meiner lieben Mutter in Dankbarkeit
gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545323_0059

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Vorbemerkung 9

B. Der Kontokorrentvertrag 10

I. Einleitende Bemerkungen 10
II. Geschichte des Kontokorrents 11
III. Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen 12
IV. Hauptsächliche Theorien 14
V. Untersuchung über das Wesen des Kontokorrentvertrages ... 19

1. Er ist Tilgungsvertrag 20
2. Art der Tilgung 22
3. Nebenmomente 36
4. Resultat 37

C. Der Konkurs 37

I. Zweck des Konkurses 37
II. Wirkung des Konkurses 38

1. Auf die Geschäftsverbindung 38
2. Auf den Kontokorrentvertrag 39
3. Auf den Kontokorrentverkehr 55

Literaturverzeichnis.

Achilles, Dr. A., Kommentar zum BGB. 7. Aufl. Berlin 1912.

Bähr, Dr. Otto, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3. Aufl. Leipzig 1894.

Berlé, Fritz, Wechselforderung zwischen Kontokorrentgenossen. Erlanger Diss. 1897.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1909.

Creizenach, Dr., Der kaufmännische Kontokorrent in seiner rechtlichen Bedeutung. Mainz 1873.

Delamarre et le Poitvin, Traité théorique et pratique de droit commercial. Paris 1861. Tom. 3.

Dernburg, Bürgerl. Recht. Bd. 2. 3. Aufl. 1906.

Deuß, Gustav, Die rechtliche Natur des Kontokorrentvertrages. Leipziger Diss. 1904.

Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. 2. Aufl. Mannheim u. Leipzig 1910.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 9. Aufl. 1. Bd.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer, Dr. Rudolf, Über die Bedeutung der einfachen Rechnung und des Kontokorrent im heutigen Recht. Leipzig 1899.

Flender, Adolf, Das Kontokorrentverhältnis des HGB. Leipziger Diss. 1904.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

Goldschmidt, System des Handelsrechts. 4. Aufl. 1892.

Greber, Julius, Die juristische Natur des Kontokorrentverhältnisses. Straßburger Diss. 1893.

Grünhut, in Endemanns Hdbch. des Deutschen Handelsrechts. 3. Bd. 1885.

—, in seiner Zeitschr. Bd. 3 S. 473 ff.

Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. IV. Bd. KO. VI. Bd. HGB.

v. Hartmann, Paul, Das Kontokorrentverhältnis nach den Vorschriften des neuen HGB. Rostocker Diss. 1903.

Jaeger, Dr. Ernst, Komm. z. KO. 3./4. Aufl. Berlin 1911.

Josten, Willy, Die rechtliche Natur des Kontokorrentverhältnisses usw. Leipziger Diss. 1903.

Kemmer, Franz, Die rechtliche Natur des Kontokorrentverhältnisses. Würzburger Diss. 1897.

Kremer, Dr., Das Kontokorrent. In Grünhuts Zeitschr. Bd. 37.
Laband, Kritik des Kontokorrentvertrages von Levy und Creizenach, in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht. 19. Bd. S. 653, 657. 2. Aufl. 1912.
Lehmann, Das deutsche Handelsrecht. 1908.
Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. Berlin 1901.
Levy-Riesser, Der Kontokorrentvertrag. Freiburg und Tübingen 1884.
Lutz, Zweck und Wesen des Kontokorrentvertrages nach dem neuen HGB. Tübinger Diss. 1901.
Makower, Kommentar zum HGB. 13. Aufl. 1907. 2. Bd.
Mohr, Joseph, Der Kontokorrentverkehr. Berlin 1902.
Müller-Gumperda, Max, Der Kontokorrentvertrag, ein Blankovertrag. Berlin 1905.
Oetker, Fr., Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. 1. Stuttgart 1891.
Petersen-Kleinfeller, Kom. z. KO.
Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Berlin 1906. B. II.
Regelsberger, In Iher. Jahrb. f. Dogm. d. Bürgerl. R. Bd. 46 S. 1 ff., Bd. 49 S. 407 ff.
Reichsoberhandelsgerichtsentscheidungen.
Ritter, Kommentar zum HGB. Berlin 1910.
Sarvey-Bossert, Kommentar zum KO. 3. Aufl.
Staub, Kommentar zum HGB. 8. Aufl. 1907. 2. Bd.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 7./8. Aufl. München-Berlin 1912.
Theusner, Felix, Die rechtliche Natur des Kontokorrentvertrages. Halle 1901.
Trumpler, In Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht. Bd. 50 S. 488 ff.
Voigt, Fr., Über den Kontokorrentvertrag. Erlanger Diss. 1902.
v. Wilmowski-Kurlbaum, Komm. zur KO. 6. Aufl. Berlin 1906.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt.

A. Vorbemerkung.

Jede Konkurseröffnung übt in weitem Umfang einen erheblichen Einfluß auf die Rechtsstellung des Gemeinschuldners und die Rechtsbeziehungen seines Vermögens aus; sein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen, das ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, wird Konkursmasse (§ 1 KO.). Diese dient nunmehr zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger (§ 3 KO.). Der Gemeinschuldner verliert die Befugnis, die Konkursmasse zu verwalten und darüber zu verfügen; diese Befugnis geht auf den Konkursverwalter über (§ 6 KO.); für Dritte treten Beschränkungen im Rechtserwerb an Massengegenständen ein (§ 15 KO.); schwebende Rechtsbeziehungen werden beeinflußt (§ 17 ff.); Aufrechnungsmöglichkeiten werden modifiziert (§ 53 ff.) und ähnliches.

Je nach der Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses zeigen sich diese Wirkungen des Konkurses in stärkerem oder schwächerem Maße: bei gegenseitigen Verträgen hat der Konkursverwalter das Wahlrecht nach § 17, Mietverhältnisse können zum Teil gekündigt werden (§ 19 ff.), ein Auftrag oder ein Dienst- und Werkvertrag im Sinne des § 675 BGB. erlischt sogar. Die Wirkung des Konkurses auf ein bestimmtes Rechtsinstitut hängt also von dessen Natur und Wesen ab.

Deshalb muß auch der Untersuchung über die Wirkung des Konkurses auf das Kontokorrentverhältnis eine Untersuchung über die Natur des Kontokorrentvertrages vorangehen. Denn da es eine ausdrückliche Bestimmung über den Einfluß des Konkurses auf den Kontokorrentvertrag

nicht gibt, kann nur nach Feststellung seiner juristischen Natur entschieden werden, ob und inwieweit eine Wirkung des Konkurses auf ihn aus ausdrücklichen Bestimmungen der KO. oder letzten Endes aus dem Zweck des Konkurses gefolgert werden muß.

B. Der Kontokorrentvertrag.

I. Einleitende Bemerkungen.

Wenn zwei Geschäftsleute miteinander derart in Geschäftsverbindung stehen, daß je nach Bedarf der eine von dem anderen Waren entnimmt, und seinerseits dem anderen Waren anderer Art liefert, so entstehen aus den jedesmaligen Lieferungen auf beiden Seiten eine Anzahl von Entgeltforderungen, mögen sich die einzelnen Geschäfte nun als Kauf-, Werk-, Werklieferungs- oder als ähnliche Verträge darstellen. Würden beide Teile diese einzelnen Forderungen jedesmal bei Fälligkeit sofort begleichen, so würde das die Notwendigkeit ergeben, wiederholt gegenseitige Barzahlungen zu leisten, oder aber eine sonstige Art von Einzeltilgungen vorzunehmen. Bei größerem Geschäftsverkehr würde das eine Menge Kosten infolge der jedesmaligen Verrechnungen, aber zumindesten viel Arbeit und Zeit erfordern[1]). Um dies zu vermeiden, werden deshalb oft die einzelnen Geschäfte lediglich gebucht und zu bestimmten Terminen verrechnet. Erfolgt diese Buchung auf Grund eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrages, durch den die Parteien zur Vornahme dieser Art von Geschäftsabwicklung v e r p f l i c h t e t werden, so liegt ein Kontokorrentvertrag vor[2]).

[1]) Vgl. Kemmer, S. 32 f., Voigt, S. 5, Flender, S. 1 f.

[2]) Das Wort Kontokorrent wird, wie Mohr, S. 1 f., zutreffend feststellt, im Geschäftsverkehr in verschiedener Bedeutung gebraucht. Einmal versteht

II. Geschichte des Kontokorrent.

Wie der Name Kontokorrent — entstanden aus dem italienischen il conto currente, d. h. laufende Rechnung — bereits vermuten läßt, ist der Kontokorrent ein Rechtsinstitut, das im mittelalterlichen Italien, und zwar im Geschäftsverkehr der italienischen Bankiers entstanden ist[1]). Entwickelt hat sich der Kontokorrent ursprünglich nur im Depositen- und Giroverkehr dieser Bank- und Kreditinstitute, und zwar hat dabei der gewohnheitsrechtliche Satz, daß nuda pacta und nudae promissiones ohne Angabe einer bestimmten causa für Kaufleute ohne weiteres verbindlich werden, eine große Rolle gespielt. Allmählich hat er sich dann zu einem allgemeinen, nicht lediglich auf Bankiergeschäfte beschränkten handelsrechtlichen Rechtsinstitut herausgebildet, dessen Wirkungen schließlich heute auch

---

man darunter den eigentlichen Kontokorrentvertrag, sodann aber auch die bloße Buchungsform, die diesem Vertragsverhältnis typisch, aber nicht begriffsnotwendig ist. Man spricht von Kontokorrent oft auch in Fällen, in denen ein eigentlicher Kontokorrentvertrag nicht vorliegt, vielmehr nur eine rein tatsächliche Geschäftsbeziehung. Die Fälle dieser sogenannten offenen oder einfachen Rechnung können sich wirtschaftlich dem eigentlichen Kontokorrentverhältnis sehr nähern, rechtlich unterscheiden sie sich aber sehr wesentlich von dem Kontokorrentvertrag, da sie eines besonderen Rechtsbandes von typischer Form entbehren. Näher auf die Unterschiede des eigentlichen Kontokorrentverhältnisses von dieser einfachen Rechnung einzugehen, würde in dieser Arbeit, die nur den eigentlichen Kontokorrentvertrag betrifft, zu weit führen. Vgl. über die einfachen Rechnungen insbesondere Fischer, „Über die Bedeutung der einfachen Rechnung usw."; ferner Voigt, S. 37 f., Flender, S. 45 f., Düringer-Hachenburg, Vorbem. vor § 355; v. Hartmann, S. 31 f.

[1]) Der Versuch, den Kontokorrentvertrag auf römische Rechtsinstitute zurückzuführen, ist verfehlt. Das cum compensatione agere der römischen agentarii war lediglich eine einseitige Verpflichtung für diese; der Literalkontrakt aber war lediglich eine Form für die Begründung der verschiedensten Vertragsarten; und das Kalendarienwesen war nur eine einseitige Verpflichtung der Haussöhne und der Sklaven zur Buchführung und Rechnungslegung über vom Herrn empfangene Gelder. Vgl. einerseits Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. 3, S. 477 f; dagegen aber Levy, S. 1 u. 20, Greber, S. 3, Voigt, S. 6 f., Kremer, S. 136.

von Nichtkaufleuten durch ausdrückliche Vereinbarungen erreicht werden können[1]).

Als gesetzliche Bestimmungen galten in Deutschland über den Kontokorrentvertrag insbesondere der § 697, II 8 des Pr. ALR. und die im code de commerce enthaltenen Vorschriften. Das alte allgemeine Deutsche HGB. enthielt in dem einzigen Artikel 291 nur Bestimmungen über Aufhebung des Zinseszinsverbots und darüber, daß der Rechnungsabschluß im Zweifel jährlich erfolgen sollte.

Heute gelten §§ 355—357 des HGB. von 1896[2]).

III. Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen.

Das Gesetz normiert in § 355 die Voraussetzungen des Kontokorrentvertrags[3]) dahin:

1. Mindestens ein Teil muß Kaufmann sein;

2. es muß eine Geschäftsverbindung zwischen den Beteiligten bestehen;

3. sodann müssen nach dem Gesetz die aus der Geschäftsverbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt, und

4. in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden.

An weiteren Bestimmungen enthält das Gesetz nur folgendes:

---

[1]) Vgl. über die Geschichte des Kontokorrents die eingehenden Ausführungen Grünhuts in seiner Zeitschrift 3, S. 483 ff. und Berlés § 2, S. 4 ff.; ferner auch Greber, S. 4 f., Voigt, S. 8 f., Flender, S. 2 f.

[2]) Über ausländische Gesetzesbestimmungen vgl. Voigt, S. 9 f., insbesondere über die Novation beim Kontokorrent nach südamerikanischem oder italienischem Recht.

[3]) Daß das Gesetz den Kontokorrentvertrag und nicht etwa nur ein rein tatsächliches Verhältnis oder eine kaufmännische Buchungsform meinen kann, geht aus den Worten: „derart . . . daß ausgeglichen werden“ und aus der Kündigungsnotwendigkeit hervor. Vgl. Josten, S. 22, Düringer-Hachenburg, Anm. 8 zu § 354.

§ 355 Abs. 1: Das Zinseszinsverbot ist für den Saldo aufgehoben.

§ 355 Abs. 2: Der Rechnungsabschluß hat jährlich zu geschehen, wenn die Parteien nichts anderes bestimmt haben.

§ 355 Abs. 3: Die laufende Rechnung ist im Zweifel auch während der Dauer der Rechnungsperiode jederzeit kündbar.

§ 356: Die Anerkennung des Rechnungsabschlusses hindert den Gläubiger nicht, sich aus Sicherheiten zu befriedigen, die für einzelne in die laufende Rechnung aufgenommenen Forderungen bestehen, was auf gesamtschuldnerische Mithaft Dritter entsprechend anzuwenden ist.

§ 357: Gläubiger eines Beteiligten können Pfändung und Überweisung desjenigen Betrages erwirken, der dem Schuldner als Überschuß aus der laufenden Rechnung zukommt. In diesem Falle sollen dann dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in die Rechnung eingestellt werden können — wobei aber Geschäfte, die auf Grund eines schon vor der Pfändung bestehenden Rechts oder einer schon vorher bestehenden Verpflichtung des Drittschuldners vorgenommen werden, nicht als neue Geschäfte gelten sollen.

Die Feststellung der Voraussetzungen des Kontokorrentvertrages in § 355 HGB. kann als juristische Definition des Vertrages nicht angesehen werden, da die dort gewählten Ausdrücke zwar genügend erscheinen, den Tatbestand des Kontokorrentvertrages zu umgrenzen, nicht aber seine rechtliche Natur zu bestimmen[1]). Auch die weiter oben genannten Bestimmungen des Gesetzes vermögen die Voraussetzungsbestimmung nicht derart zu er-

[1]) Vgl. Müller-Gumperda, S. 5. Wenn Kremer, S. 138, darin eine Legaldefinition des kaufmännischen Kontokorrents erblickt, so ist dies durch seine Anschauung von der Natur des Kontokorrentvertrages bedingt, worauf später zurückzukommen sein wird. Aber auch Kremer nennt die Definition nur eine indirekte, eine solche mittels Umschreibung.

läutern, daß man aus beiden zusammen das ganze Rechtsinstitut in allen seinen Konsequenzen, insbesondere auch für die Frage der Wirkung des Konkurses, erklären könnte. Die gesetzlichen Bestimmungen müssen deshalb durch allgemeinere Sätze ergänzt werden, die aus dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung des Kontokorrents gefolgert und durch die Untersuchung über die rechtliche Eigenart des Vertrages und seiner Beziehung zu anderen, in den Folgen bestimmteren Rechtsinstituten gewonnen werden.

IV. Hauptsächliche Theorien.

Da der Kontokorrentvertrag ein gewohnheitsrechtlich entstandenes Gebilde ist, und da die Gesetzgebung erst spät und nur in beschränktem Maße dazu Stellung genommen hat, ist es erklärlich, daß die Theorie und Praxis von dem Zeitpunkt ab, in welchem sie sich damit zu beschäftigen begannen bis zum heutigen Tage die denkbar größten Unterschiede in der Auffassung vom Wesen dieses Rechtsgebildes gezeigt haben. Hat man zunächst, entsprechend dem unentwickelten Zustand desselben, im Kontokorrentverhältnis nichts weiter als eine besondere Abrechnungsform ohne besondere rechtliche Eigentümlichkeiten erblickt[1]), so hat man später den Vertrag unter ein oder mehrere der Begriffe römischer Real- oder Konsensualverträge, z. B. Darlehen oder Auftrag, zu bringen versucht, oder ihn aber einfach mit jenen Vertragsformen verwechselt, mit denen er häufig verbunden zu sein pflegt, z. B. Krediteröffnung oder Depositengeschäft[2]). Erst das Verdienst der französischen Schriftsteller Delamarre und le Poitvin[3]) ist es, den Kontokorrentvertrag als einen Vertrag sui generis erkannt zu haben. Dieser Gedanke der begrifflichen Loslösung des eigentlichen Kontokorrentvertrages von anderen Vertragsformen, mit denen er

[1]) Vgl. Levy-Riesser, S. 5 ff.

[2]) Greber, S. 9—23, Kremer, S. 136.

[3]) Traité théorique et pratique de droit commercial. Tom. 3.

häufig verbunden zu sein pflegt, rang sich jedoch nur allmählich durch. Noch Creizenach erblickt darin, obwohl er den Vertrag bereits als ein besonderes Pactum de contrahendo zu erklären versucht, ein mit Kreditgewährung verbundenes Auftragsverhältnis[1]). Creizenachs Deduktionen mußten einseitig und in vielem unzutreffend sein, weil er von einem einseitigen Standpunkt ausging, insofern, als er nur den Bankkontokorrent als eigentlichen Kontokorrent anerkennt. Vom Bankkontokorrent ist der Kontokorrent zwar ausgegangen, er hat sich über diesen aber hinaus entwickelt[2]). Im übrigen kann man die weiterhin aufgestellten Theorien im Anschluß an Mohr[3]) und Josten[4]) in zwei Gruppen zusammenfassen:

1. Solche, die das charakteristischste Moment des Kontokorrentvertrages in einer Kreditgewährung finden;

2. solche, die darin einen Vertrag über die Art und Weise der Tilgung von gegenseitigen Verpflichtungen erblicken.

Die Vertreter der Ansichten, die zwar das zweite Moment nicht ganz verkennen, aber die Kreditgewährung für das Wesentlichere halten, wie z. B. Lehmann[5]), die Mohr als besondere Gruppe unterscheidet, können dabei zu der ersten Gruppe gerechnet werden. Die Kredittheorien nun weisen in sich recht unterschiedliche Auffassungen über die Art der Kreditgewährung auf. Die Ansicht, der Kontokorrentvertrag sei ein gegenseitiger Darlehnsvertrag, ist von deutschen Schriftstellern kaum vertreten worden[6]). Dagegen haben viele Schriftsteller eine Art von Krediteröffnung darin erblickt, sei es nun einseitige Krediteröffnung und Depositenge-

---

[1]) S. 13 u. S. 7. Creizenach schließt sich Mittermaier an. Vgl. Greber, S. 16.

[2]) Vgl. Voigt, S. 14. [3]) S. 44 ff. [4]) S. 14 ff.

[5]) Lehrbuch, § 184.

[6]) Vgl. Greber, S. 13 f., Mohr, § 20, v. Hartmann, S. 16.

schäft[1]), sei es einen zweiseitigen Krediteröffnungsvertrag[2]). Wieder andere sehen darin ein bedingtes Kreditversprechen. Diese von Greber in Weiterentwicklung kritischer Ausführungen Labands[3]) eingehend erörterte Theorie ist wohl am meisten verbreitet gewesen[4]). Sie teilte insbesondere früher auch das Reichsgericht[5]).

Zu welchen seltsamen Folgerungen die konsequent durchgeführte Ansicht von der gegenseitigen Kreditgewährung aber führen muß, hat bereits Creizenach[6]) und Greber[7]) angedeutet und Mohr[8]) einleuchtend dargelegt. Wenn der Vertrag die positive Verpflichtung zur Kreditgewährung erzeugt, so muß der eine dem anderen gewähren, was er selbst braucht. Wenn es beide nicht haben, und nur zum Scheine darstellen, so müßte das zu Geschäften führen, die an „Wechselreiterei" erinnern (Creizenach). Wenn aber beide zahlen können, und zahlen müssen, so wird daraus ein Vertrag nicht zur Vermeidung, sondern zur Verdoppelung von Barzahlungen. Wenn z. B. A von B 1000 M. verlangte, und dieser sie ihm zahlen mußte, dann könnte er seinerseits ebensogut wieder 1000 M. verlangen. Der wirtschaftliche Effekt bliebe dann derselbe, nur daß zweimal dieselbe Summe hin- und hergeschickt worden wäre. Diese ganz krassen Konsequenzen vermeidet zum Teil die Annahme einer Bedingtheit der gegenseitigen Kreditgewährung; diese Annahme bleibt aber auf halbem Wege stehen, wenn sie die Kreditierung als den wesentlichen Inhalt dieses Vertrages ansieht. Gewiß bilden im allgemeinen den Inhalt des Kontokorrentvertrages Kreditgeschäfte im Gegensatz zu Bargeschäften,

[1]) So Endemann, in Zeitschr. f. HR., Bd. 4, S. 204. Dagegen: ROHG. 6, Nr. 58, S. 251.

[2]) So insbesondere Levy-Rießer, S. 79, Grünhut, bei Endemann, S. 936, Dernburg. Bd. 2, § 236.

[3]) In Zeitschr. f. HR., Bd. 19, S. 655.

[4]) So Goldschmidt, System S. 111, Kemmer, S. 35, Gareis, Lehrb. § 66, auch Cosack, Lehrb. § 88 und Lehmann, Lehrb. § 184.

[5]) Insbesondere ERG. 18, S. 247 ff., 22, S. 151.

[6]) S. 15. [7]) S. 41. [8]) S. 61 f.

d. h. Geschäfte, bei denen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich auseinander fallen, während bei den Bargeschäften Leistung gegen Leistung, Zug um Zug erfolgt. Aber das ist keine Besonderheit des Kontokorrentvertrages, sie kann bei allen anderen Verträgen, bei Kauf- oder Werkverträgen, ebenso sich zeigen, ohne daß man deshalb das Wesen dieser Verträge als Kreditgewährung erklären dürfte.

Die meisten Vertreter verkennen zwar nicht, daß der Zweck des Kontokorrentvertrages eine periodische Abwicklung gegenseitiger Geschäfte unter möglichster Vereinfachung und Vermeidung der Barzahlung ist[1]). Sie verlieren aber bei ihren Deduktionen über die Form und Mittel, die zu diesem Zwecke verwandt werden, den Zweck selbst aus den Augen, und nehmen schließlich an, daß die Abwicklung selbst nur im Wege der gegenseitigen Kreditierung geschehen könne[2]). Manche glauben dann sogar, daß die eigentliche Tilgung, z. B. durch Gesamtkompensation, mit Rechtsnotwendigkeit aus der gegenseitigen Kreditierung folge, aber nicht Gegenstand des Vertrages sei[3]). Wie das aber geschehen soll, ist nicht recht einzusehen; denn eine Kreditierung kann doch immer nur aufschiebende, niemals aber tilgende Wirkung haben[4]).

Aus allen diesen Gründen hat die Anschauung, die den Inhalt der Theorie der Gruppe bildet, die annimmt, der Kontokorrentvertrag sei eine besondere Art und Weise der Tilgung von Verpflichtungen, sich immer mehr Geltung verschafft. In interessanter Weise spiegelt sich diese Entwicklung in den Entscheidungen des Reichsgerichts wider: Wird noch im RGE. 18, S. 247 ff., 22, S. 151, der Kontokorrentvertrag als „ein auf gegenseitige Kreditgewährung gerichteter Vertrag“ bezeichnet, und die Kreditgewährung als notwendiges Begriffsmerkmal hingestellt, so erkennt

[1]) So Greber, S. 7 f., 39, Kemmer, S. 33 f.

[2]) So Greber, S. 24.

[3]) So z. B. Levy-Rießer, S. 106, Greber, S. 23.

[4]) Vgl. im übrigen Flender, S. 24 ff., Mohr, § 19, Kremer, S. 232 ff.

das Reichsgericht schon in der Entscheidung in Jur. Woch. 1802, S. 508, Nr. 10, an, „das Kontokorrentverhältnis habe zum Gegenstand die Art und Weise, wie die beiderseitigen Forderungen getilgt werden sollen". In Entsch. 56, S. 24, wird dann der Kontokorrentvertrag bereits als Aufrechnungsvertrag bezeichnet, und schließlich in Gruchots Beitr. 54, S. 407, wird der frühere Standpunkt endgültig mit der Erklärung aufgegeben, „allerdings habe RG. 22 bemerkt, daß das echte Kontokorrentverhältnis einen auf gegenseitige Kreditgewährung gerichteten Vertrag mit Notwendigkeit erfordere, allein für die Anweudung der §§ 355 ff. HGB. gelte dieses Erfordernis — sofern es überhaupt bestanden habe — nicht mehr . . . Auf eine gegenseitige Kreditierung könne es um so weniger ankommen, als nach § 355 Abs. 3 die laufende Rechnung auch während der Rechnungsperiode jederzeit frei aufkündbar sei".

Die zweite Gruppe von Theorien geht zwar gemeinsam von dem richtigen Zweckgedanken des Kontokorrentvertrages aus, kommt aber trotzdem zu den verschiedensten Konstruktionen, weil die Art und Weise der Tilgung selbst dem einen bald als Novation[1]), dem anderen als gegenseitiger Erlaßvertrag[2]), anderen wieder als eine Art vertragsmässiger Zahlung oder Erfüllung[3]), den meisten aber als Aufrechnungsvertrag erscheinen[4]); während Theusner und Mohr sofortige Tilgung bei jedem Eintritt eines neuen Postens, und zwar nach besonderen von den gesetzlichen abweichenden Imputationsregeln zu finden glauben[5]).

[1]) So Staub, Anm. 2b zu § 355.

[2]) Deuß, S. 80, auch Planck § 387, Vorbem. 1, hält dies für möglich. Ferner kann hierher auch Berle gerechnet werden, der wenigstens bezüglich der Abrechnung doppelten Verzicht und abstraktes Schuldversprechen annimmt. Vgl. S. 24.

[3]) So Fischer, S. 42, Müller-Gumperda, S. 17 ff.

[4]) So zuerst Delamarre et le Poitvin, III, Nr. 329, S. 437, zu Nr. 326, S. 433 und 437 ff. Endemann, Lehrb. I. Bd., § 146. v. Hartmann, S. 41. Makower, Anm. III. 1. zu § 355. Düringer-Hachenburg, Vorbem. III, vor § 355. RGE. 56, S. 24 u. a.

[5]) Vgl. Mohr, S. 25 u. S. 105 ff.

V. Untersuchung über das Wesen des Kontokorrentvertrages.

Die Untersuchung über das Wesen eines Rechtsinstitutes muß, wenn dasselbe im Gesetz keine umfassende Regelung gefunden hat, auch im Gesetz sonst keine besonderen Anhaltspunkte für seine Erklärung gegeben sind, von dessen Zweck ausgehen. Wenn Greber[1]) einerseits bemerkt, die Gesamtkompensation sei zwar der Zweck, mit Rücksicht auf welchen die Parteien den Kontokorrentvertrag abgeschlossen haben, dann aber sagt[2]), „sie habe aber nichts mit der juristischen Natur des Kontokorrents zu schaffen", so ist das eine Verkennung der juristischen Untersuchungsmethode. Diese hat nicht von philosophischen Begriffen auszugehen, sondern von gegebenen, im Wirtschaftsleben beruhenden, und mit diesen in engster Beziehung stehenden Erscheinungen. Da sie somit nur teleologisch sein kann[3]), darf sie den Zweck für die juristische Konstruktion nicht außer acht lassen, wenn sie nicht zu falschen und mit den Lebensverhältnissen nicht in Einklang zu bringenden Ergebnissen kommen will. Der Zweck des Kontokorrents ist nun aber, wie aus der einleitenden Bemerkung zu ersehen ist, unter Vermeidung der Barzahlung eine möglichst einfache Art und Weise periodischer Tilgung gegenseitiger Verbindlichkeiten herbeizuführen, oder wie die Denkschrift zum Entwurf[4]) des HGB. bereits feststellt: „der Zweck der Kontokorrentverbindung ist, die aus einem dauernden Geschäftsverkehr sich ergebenden Beziehungen zu vereinfachen und die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzigen Forderungspostens zu ersetzen".

---

[1]) S. 23.
[2]) S. 24.
[3]) Vgl. Staudinger, Vorbem. III, 1 vor § 249 BGB., S. 48.
[4]) S. 198.

1. Er ist Tilgungsvertrag.

Aus diesem Zweck folgt nun, daß der Kontokorrentvertrag nicht die Begründung von positiven Verpflichtungen, etwa auf Gewährung von gegenseitigem Kredit, oder Erfüllung eines Auftrages, oder etwas ähnliches, zum Gegenstand haben kann, sondern daß er entstandene Verbindlichkeiten regulieren will, d. h. daß er ein Tilgungsvertrag oder ein Erfüllungsgeschäft im weiteren Sinne sein muß[1]).

Aus der Eigenschaft des Kontokorrentvertrages als Tilgungsgeschäft wiederum folgt, daß er keine selbständige Natur hat, sondern daß er Geschäfte anderer Art voraussetzt, die das Gesetz unter der Bezeichnung „Geschäftsverbindung" zusammenfaßt. Für den Abschluß des Vertrages ist die Existenz dieser Geschäftsverbindung nicht erforderlich, — er kann bereits geschlossen werden, bevor überhaupt eins der Einzelgeschäfte, deren Verrechnung im Kontokorrent stattfinden soll, zwischen den Parteien getätigt worden ist und die Einzelgeschäfte brauchen auch nicht einem einheitlichen sonstigen Vertragsverhältnis, z. B. Sukzesivlieferungsvertrag, oder eins zu entspringen, sondern sie können auch im freien Belieben der Parteien liegen, d. h. die „Geschäftsverbindung" kann rein tatsächlicher Natur sein — wohl aber für die Wirkung[2]). Darin unterscheidet er sich von dem Pactum de non petendo, der Fristgewährung, die als Nebenabreden eine besondere bestehende Rechtsbeziehung für den Abschluß voraussetzen[3]).

---

[1]) Ähnlich Kremer, S. 132, wenn er ihn einen Schuldregulierungsvertrag nennt, und dies S. 240 f. dahin erläutert, es sei ein modifizierter Tilgungsvertrag.

[2]) Greber, S. 38.

[3]) Ebenso Düringer-Hachenburg. Anm. 9, zu § 355, wenn er sagt, der Kontokorrentvertrag bilde den Rahmen für eine ganze Reihe von Einzelgeschäften und Makower, wenn er ihn — Anm. 2, I, c. zu § 354 — als Mantelvertrag bezeichnet. Wenn Kremer, S. 142, die Annahme akzessorischer Natur des Kontokorrentvertrages ablehnt, so meint er damit wohl auch nur, daß er nicht zum Abschluß die Existenz von Einzelgeschäften voraussetzt.

Wenn Kremer[1]) erklärt: „Soweit der Abschluß in Erfüllung des Kontokorrents geschieht, ist letztgenannter Vertrag also nicht ohne Grund, wenn auch mit unzulänglicher rechtlicher Kennzeichnung als Pactum de contrahendo bezeichnet worden, und dürfte diese oft wiederholte Behauptung, der Kontokorrent erzeuge keine Verpflichtung, (Greber, S. 37), dieses doch wohl außer acht gelassen haben," so soll damit wohl kaum ausgesprochen werden, daß der Kontokorrentvertrag unbedingte positive Verpflichtungen erzeuge. Dies wäre eine Rückkehr zu der Annahme der Creizenachschen und der Kredittheorie, und wäre abzulehnen. Auch die Erfüllung des Vertrages, d. h. die Vornahme der Abrechnung, und Saldofeststellung ist ja bedingt durch den Abschluß von Einzelgeschäften. Liegen solche z. B. bei Endigung des Vertrages überhaupt nicht vor, so kann eine Erfüllung gar nicht in Frage kommen. Kremer will wohl auch selbst nicht aussprechen, daß die Verpflichtungen, von denen er hier spricht, etwa auf Abschluß von Einzelgeschäften gingen, wenigstens würde dem eine andere Stelle[2]) widersprechen, in der er die Ansicht, der Kontokorrentvertrag sei ein Pactum de contrahendo, selbst ablehnt. Es muß dieser unklaren Formulierung gegenüber immerhin betont werden, daß auch die Erfüllung des Vertrages durch die Existenz von Einzelgeschäften bedingt ist.

Da der Kontokorrentvertrag kein Kreditgewährungsvertrag ist, kann er auch nicht als Realvertrag angesehen werden, etwa wie das Darlehen, sondern er erscheint vielmehr als Konsensualvertrag, dessen Abschluß formlos, also auch durch konkludente Handlungen erfolgen kann[3]).

Sodann ist der Kontokorrentvertrag auch ein gegenseitiger oder zweiseitiger Vertrag; denn beiderseitige Ansprüche und Leistungen sollen ausgeglichen

---

[1]) S. 169. [2]) S. 231.
[3]) Kremer, S. 145.

und verrechnet werden, und jede Partei geht die Verpflichtung hierzu gerade wegen derselben Verpflichtung der anderen Partei ein[1]).

2. Art der Tilgung.

Was nun die Tilgung selbst betrifft, so hat der Kontokorrentvertrag als im Handelsverkehr entstandenes Institut, mit anderen gleichfalls aus dem Handelsverkehr hervorgegangenen Rechtsgebilden, die der Geschäftsregulierung dienen, z. B. dem Wechsel, dem Scheck, der Anweisung — das gemeinsam, daß durch alle diese eine Vereinfachung der Geschäftsregulierung und eine Vermeidung der Barzahlung herbeigeführt werden soll. Er unterscheidet sich aber wesentlich von jenen Instituten dadurch, daß jene nur indirekt als Tilgungsmittel in Frage kommen — es muß stets entweder effektive Zahlung, oder aber die Vereinbarung einer Hingabe an Erfüllungsstatt hinzutreten, während der Kontokorrent — und als Weiterbildung desselben die Skontration — zu den direkten Tilgungsmitteln wenigstens in seinem wesentlichsten Inhalte gerechnet werden muß. Jene Institute können deshalb für die Erklärung des Kontokorrents, wenn überhaupt, nur soweit herangezogen werden, als sie dartun, daß es dem Handelsverkekr typisch ist, die Geschäftsregulierung möglichst von der speziellen Causa zu lösen, und die Form abstrakter Rechtsgeschäfte zu bevorzugen. Im übrigen muß aber die Untersuchung auf die allgemeinen Tilgungsmittel bzw. Formen des Bürgerlichen Rechts zurückgehen: das Bürgerliche Recht kennt außer der Hinterlegung, die hier ja nicht in Frage kommen kann, als Tilgungsmittel:

1. Die Erfüllung im eigentlichen Sinn, § 362 BGB.;
2. die Hingabe an Erfüllungsstatt § 364 BGB.;

[1]) Ebenso die herrschende Meinung, vgl. Düringer-Hachenburg, Anm. 7 B. zu § 354. Staub, Anm. 8. Cosack, § 88, I, 2, b. Lehmann-Ring, Anm. 7. Ferner Greber, S. 2, 24, 85. Kemmer, S. 36. Kremer, S. 143 und RGE. 1, S. 18, 22, 151. JW. 92, S. 374, Nr. 18. Bolze, 3, Nr. 585, 587, 6, Nr. 453. Unrichtig: Mohr, S. 78 f.

3. die Aufrechnung, § 387 f. BGB.
4. den Erlaß, § 397 BGB.

Es fragt sich nun, ob der Kontokorrentvertrag sich unter eine oder mehrere dieser Tilgungsformen bringen läßt, und bejahendenfalls, unter welche. Entscheidend für diese Frage muß sein, was der Inhalt des Vertrages in der Hauptsache ist. Nur das kann zur Grundlage der Konstruktion dienen. Ob dabei noch abweichende Nebenmomente in Frage kommen, muß zwar beachtet werden, darf aber nicht dazu führen, dem Vertrag überhaupt einen bestimmten Charakter abzusprechen. Denn wenn sich bei der Mannigfaltigkeit der Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse auch nicht alles ohne weiteres unter die vom Gesetz geregelten Rechtsformen wird bringen lassen, so darf man sich doch nicht mit der Feststellung begnügen, daß ein Rechtsgebilde zwar von vielen bekannten Rechtsformen etwas hat, ohne aber einer dieser Rechtsformen völlig unterstellt werden zu können, und dann einfach eine neue Rechtsform erfinden. Nur wo das Wirtschaftsleben in seiner rechtlichen Betätigung selbst bereits so bestimmte Formen angenommen hat, daß man diese zur Grundlage der Konstruktion machen kann, kann man versuchen, das Institut aus sich selbst allein zu erklären. Möglicherweise kann das im Wirtschaftsleben Gebildete sich bereits zum Gewohnheitsrecht verdichtet haben, andernfalls aber müßte der Grundsatz von Treu und Glauben in zweifelhaften Fällen die Handhabe zu einer richtigen Rechtsanwendung bieten. Wo es aber an einer genügenden Grundlage im Wirtschaftsleben selbst fehlt, da muß die Konstruktion eines Rechtsgebildes von dem Versuch ausgehen, dasselbe unter die bekannten Rechtsformen zu subsummieren, um dann von den bei jenen bekannten Rechtswirkungen auch auf die Wirkung bei diesem schließen zu können.

Bei einem so bestrittenen Rechtsgebilde, wie dem Kontokorrent, kann man, wenn er auch seine Entstehung dem Gewohnheitsrecht verdankt, doch bei seiner Erklärung nicht lediglich Gewohnheitsrecht zur Grundlage

der Konstruktion machen, oder aber auf jede Konstruktion verzichten und dann die auftauchenden praktischen Fragen etwa lediglich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben entscheiden. Es ist deshalb verfehlt, wenn Kremer, anscheinend durch die juristisch unbestimmte Fassung des § 355 HGB. und die Denkschrift dazu verleitet, den Versuch, eine der im Gesetz geregelten Tilgungsformen als Hauptinhalt des Kontokorrentvertrages zu erkennen, überhaupt nicht macht, sondern sich mit der unklaren Definition begnügt[1]): „der Kontokorrentvertrag sei der Vertrag, kraft dessen gegenseitige Geldschulden und Leistungen nicht sogleich einzeln in gewöhnlicher Weise durch Zahlung, Aufrechnung u. dgl. getilgt, bezw. konsumiert, sondern jeweils periodisch mittels Verrechnung und Feststellung eines überschüssigen Guthabens, erledigt werden sollen, für welche die Rechnungsverbindlichkeiten der betreffenden Seite als Garantie fortbestehen," — und dann weiter erklärt, „die Kontokorrentverrechnung enthalte keine eigentliche Zahlung, Aufrechnung oder Novation, sondern wirke nur teils absolut, teils relativ als solche," oder, wenn er die Vollziehung statt durch Zahlung, Aufrechnung und Novation durch eine Vereinbarung auf Ausgleichung der beiderseitigen Leistungen geschehen läßt[2]). Er gibt dann allerdings selbst zu, daß seine Konstruktionsversuche wohl nicht unserer derzeitigen Gesetzgebung entsprächen[3]). Kremer sieht sich infolgedessen auch öfter gezwungen, zur Lösung praktischer Fragen mehr als angängig auf ein angebliches Gewohnheitsrecht oder auf den Grundsatz von Treu und Glauben zu verweisen. Die Theorie und Praxis hat deshalb auch mit Recht im Gegensatz dazu bisher stets den Versuch gemacht, den Kontokorrentvertrag auf eine bestimmte im Gesetz anerkannte Tilgungsform zurückzuführen:

Von der Erfüllung gehen Fischer und Müller-Gumperda aus. Man könnte sie kurz als Vertreter der

[1]) S. 240 u. S. 133. [2]) S. 245. [3]) Ebenda.

Zahlungstheorie bezeichnen, wenn man Zahlung im Sinne von solutio gebraucht; denn sie finden das Charakteristische beim Kontokorrentvertrag, indem sie den Begriff der Zahlung hier zu einer besonderen Art vertragsmäßiger Erfüllung erweitern, darin, daß alle Leistungen und Gegenleistungen als Zahlungen erscheinen. So zutreffend vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus die Ausführungen Fischers sein mögen, mit dem bestehenden Gesetz lassen sie sich nicht vereinigen und bleiben deshalb bestenfalls de lege ferenda zu erwägen. Als was man heute die Erfüllung theoretisch auch ansehen mag, als einseitiges Rechtsgeschäft, Vertrag oder Wirkung kraft Gesetzes — als Erfüllung im Sinne des Gesetzes kann nur die Bewirkung der aus einem bestimmten Schuldverhältnis geschuldeten Leistung gerade im Hinblick auf dieses bestimmte Schuldverhältnis angesehen werden. (§ 362 BGB.)[1]) Daß dies der Wille des Gesetzgebers ist, geht insbesondere auch aus § 366 BGB. hervor, wo das Gesetz bei Mehrheit von Schuldverhältnissen für den Fall unbestimmter Parteierklärungen selbst Regeln für die Anrechnung auf bestimmte Schuldverhältnisse aufstellt. Eine Leistung auf völlig unbestimmte Rechtsverhältnisse, bei denen im Einzelfall dem Leistenden nicht zum Bewußtsein kommt, ob er tatsächlich überhaupt noch etwas schulde, oder nicht, ist keine Erfüllung im Sinne des Gesetzes, um so weniger, wenn noch die Tilgung aufgeschoben sein soll — ein Moment, das der prinzipiellen sofortigen Tilgungskraft der gesetzlichen Erfüllung widerspricht.

Die Konstruktionsversuche Müller-Gumperdas aber sind durchaus verfehlt. Mit der Erfindung der Bezeichnung „Blankovertrag“ für den Kontokorrent ist juristisch nichts gewonnen. Wenn er den eigentlichen oder wie er ihn nennt, doppelten Kontokorrentvertrag aus zwei einfachen zusammensetzen will[2]), aus denen wiederum je eine ein-

[1]) Vgl. Kremer, S. 174.

[2]) Vgl. Kremer, S. 231, der zutreffend hiergegen anführt, die einfache Rechnung erzeuge nach bestehendem Recht keine einheitliche Verbindlichkeit.

heitliche Forderung auf gewisse Leistungen und eine solche auf Entgelt entstehen sollen — wobei jedoch wieder die Essentialien erst durch die späteren Vereinbarungen näher bestimmt würden — so sind das einmal nach geltendem Recht juristisch unklare Begriffe[1]). Wie sollen aus einem Vertrag, dessen Essentialien erst von der späteren Vereinbarung abhängen, bereits Verpflichtungen entstehen, und wie sollen diese Verpflichtungen bereits bestehen, wenn sie in ihrem Inhalt noch vollkommen unbestimmt sind? Steht die spätere Vereinbarung im freien Belieben der Parteien, so ist ohne weiteres klar, daß erst dadurch der Vertrag wirksam wird. Das käme aber den Ausführungen über die Bedingtheit des Vertrages oder über die Natur desselben als Mantelvertrag sehr nahe. Sollten die Parteien aber auf Grund des Kontokorrentvertrages bereits zur Vornahme der Einzelgeschäfte verpflichtet sein, so wäre das eine Rückkehr zu der oben abgelehnten Ansicht der Kredittheorien, der Kontokorrentvertrag erzeuge als solcher positive Verpflichtungen zum Abschluß irgendwelcher Einzelgeschäfte. Sodann ist die Vorstellung Müllers, die Einzelgeschäfte kämen gar nicht mehr als schuldbegründende Momente, sondern nur als Rechnungsposten begründende Inhaltsbestimmungen in Betracht, völlig unzutreffend, und juristisch schwer vorstellbar[2]). In jedem Falle stellt die Konstruktion Müllers die wirtschaftlichen Vorgänge, anstatt sie zu erklären, auf den Kopf. Nach Müller müßte auch wirtschaftlich das Primäre der Kontokorrentvertrag, die Einzelgeschäfte aber das Sekundäre sein. Als ob z. B. die Parteien jemals wechselseitig voneinander Waren kaufen, nicht weil sie derselben wirtschaftlich bedürfen, sondern nur weil sie damit den Kontokorrentvertrag auffüllen wollen. In Wirklichkeit soll der Kontokorrentvertrag doch nur eine möglichst einfache Re-

---

Deshalb könne die Identifizierung des Kontokorrents mit zwei offenen Rechnungen nichts erklären.

[1]) Kremer, S. 141 f.

[2]) Kremer, S. 142 nennt mit Recht das Ganze „ein juristisches Uuding".

gulierung der Forderung ermöglichen, die aus den einzelnen dem wirtschaftlichen Bedürfnis entspringenden Geschäften entstanden sind. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Kontokorrentvertrag häufig den Einzelgeschäften vorangeht[1]).

Die Hingabe an Erfüllungsstatt bildet die Grundlage aller der Anschauungen, welche die Novation in irgendeinem Zeitpunkt als wesentlichen Inhalt des Kontokorrentvertrages ansehen.

Daß die Novation auch dem heutigen bürgerlichen Recht bekannt ist, folgt aus § 607 Abs. 2, 781, 364 Abs. 2 BGB. und ist allgemein anerkannt.

Die früher sehr verbreitete Annahme, schon mit der Einstellung einer Forderung in den Kontokorrent gehe eine Novation vor sich, findet weder eine Handhabe im Gesetz, noch ist sie aus der wirtschaftlichen Betätigung der Parteien im Kontokorrent zu folgern. Sie ist deshalb heute auch allgemein aufgegeben aus dem Grunde, weil es den Parteien am animus novandi fehlt[2]). Als Konsequenz muß man dann aber auch bei der Einstellung eines Saldos aus früherer Rechnungsperiode auf neue Rechnung jede Novation verneinen, weil der dann als gewöhnlicher Einzelposten zu behandelnde Saldo keine Ausnahme machen darf. Cosack zieht diese Konsequenz allerdings nicht[3]).

Ebensowenig kann aus dem Gesetz die Ansicht Regelsbergers[4]) begründet werden, es fänden mindestens zwei Novationen statt, einmal bei der von ihm angenommenen Herstellung der Gesamtforderungen vor deren Aufrechnung und sodann bei der Anerkennung des Saldos nach der Aufrechnung. Die erstere ist durchaus unnötig[5]). Da

---

[1]) Vgl. im übrigen die zutreffenden Bemerkungen Kremers gegen Müller-Gumperda, S. 141, 142, 162, 178.

[2]) Vgl. hierüber v. Hartmann, S. 60, Kremer, S. 159. Über die Novationen im italienischen und südamerikanischen Recht, vgl. aber Voigt, S. 9 f.

[3]) § 88. [4]) In Jher. Jahrb. 46, S. 1 ff., insbesondere S. 13 und 19.

[5]) Vgl. gegen Regelsberger auch Kremer, S. 183: „Die Vereinigung zu einer Einheit trete nach dem Willen der Parteien, wenn überhaupt nicht für die Abschlußsummen, sondern nur für den Saldo ein."

Regelsberger sie mit der Aufrechnung als notwendig in Verbindung bringt, scheint es fast, als ob er auf diese Weise beim Abrechnungsvertrag die gemeinrechtliche, jetzt aber aufgegebene Voraussetzung der „Liquidität" der gegenüberstehenden Forderungen für die Aufrechnung noch immer für erforderlich hält.

Eine Novation kann überhaupt nur in Frage kommen bei der Anerkennung des Saldos. Da das Gesetz die Ausgleichung am Schluß der Periode nicht nur durch Verrechnung, sondern auch durch Feststellung geschehen läßt, so wird die Annahme nahe gelegt, daß die Anerkennung des Saldos nur als ein novierendes Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 781, 782 BGB. aufgefaßt werden könne[1]). Ein Schuldanerkenntnis liegt auch unzweifelhaft darin. Dies Schuldanerkenntnis hat als solches nicht nur deklaratorische, sondern auch konstitutive Wirkung[2]). Ob es aber auch novierende, d. h. schuldtilgende Wirkung hat, ist fraglich. Cosack meint[3]), „eine die Forderung von ihrem Schuldgrunde völlig lösende Rechtsänderung trete nicht ein; die Anerkennung wolle nur bestätigen". Ihm schließt sich auch Kremer an[4]), indem er in dem Anerkenntnis nur eine akzessorische Stipulation erblickt. Eine gewiße Berechtigung ist dieser Anschauung nicht abzusprechen; doch läßt sie sich nicht völlig mit § 355 vereinigen, da danach nicht nur die Verrechnung, sondern auch die Feststellung eine Ausgleichung bewirken soll. Nach dem Gesetz muß man also eine gewiße novierende Wirkung annehmen.

Wegen § 356 HGB. allein jede Novation zu verneinen, wie Kremer und Dernburg dies versuchen, ist jedenfalls nicht angängig. Denn einmal würde diese Annahme, wenn

---

[1]) So Mohr, S. 73 f. Vgl. auch Trumpler in Zeitschr. f. HR., Bd. 50, S. 488 ff.

[2]) Vgl. Staudinger, Anm. 3 zu § 781 BGB., RG. in Jur. W. 1906, S. 742, 10, S. 229. RGE. 61, S. 318, 75, S. 4. Vgl. auch Voigt, S. 34 f.

[3]) § 69. S. 351, I. 8. a β.

[4]) § 13, S. 208 ff., insbesondere S. 212.

sie überhaupt notwendig wäre, doch nur für die Fälle zwingend sein, in denen eine Sicherheit für Einzelposten bestände. Sie ist aber überhaupt nicht notwendig, da sich eine Novation sehr wohl mit § 356 HGB. vereinen läßt. Zwar nicht, indem man ein Fortbestehen der Forderungen quoad pignus nach Analogie der §§ 1138, 891 BGB. für richtig halten müßte, wie dies die Denkschrift[1]) und Düringer-Hachenburg[2]) tun, oder gar mit Staub[3]) eine Verselbständigung und Loslösung der Sicherheiten von der persönlichen Schuld darin erblickt[4]), sondern vielmehr dadurch, daß man einen auf Gesetz beruhenden Austausch der gesicherten Forderung annimmt, wie er nach § 1180 BGB., z. B. vertragsmäßig bei der Hypothek geschieht, und der eine gewiße Ähnlichkeit mit der Cessio legis der §§ 268, 774, 1150 u. a. aufweisen würde[5]).

Nach alledem wird man also eine Novation bei der Anerkennung des Saldos annehmen müssen. Durch die darin enthaltene Tilgung wird aber nicht auch jeder wirtschaftliche Zusammenhang derart gelöst, daß die Saldoforderung nun auch wirtschaftlich als neue Forderung anzusehen wäre, was für den Konkurs von Bedeutung ist.

Trotz alledem berechtigt aber weder die Anerkennung einer Novation beim Saldo, noch die Verneinung derselben, den einen oder den andern Umstand zur Grundlage der Konstruktion des Kontokorrentvertrages zu machen, wie dies einerseits Staub[6]), andrerseits Kremer[7]) tun. Als Neben-

---

[1]) S. 214.

[2]) Anm. 3 zu § 356. Vgl. dagegen Kremer, S. 211 f., dessen Anschauung aber im Resultat dieser Ansicht sehr nahe kommt, wenn er S. 214 f. ein Fortbestehen der alten Forderungen neben der abstrakten neuen Schuld, als „Eigengesamtschuld" im Sinne Kohlers annimmt.

[3]) Anm. 1 zu § 356.

[4]) Vgl. hiergegen die zutreffenden Bemerkungen Kremers, S. 211.

[5]) So Ritter, Anm. 1. zu § 356. Wenn Kremer, S. 210, hiergegen nichts weiter anzuführen vermag, als daß dieser Übergang etwas Befremdendes habe, so könnte dieser Einwand doch viel eher seiner eigenen Konstruktion gemacht werden.

[6]) Anm. 1 zu § 356. [7]) S. 240 f.

moment mag die Novation in Frage kommen. Zum Prinzip des ganzen Vertrages, durch das dieser sein Gepräge erhält, kann sie aber ebensowenig wie ihre Verneinung gemacht werden. Denn die ganze Frage fällt ja jedesmal dann weg, wenn sich bei Rechnungsabschluß eine sogenannte tote Bilanz herausstellt, d. h. die Posten der beiderseitigen Debet- und Kreditseite sich gerade aufheben. Dann ist ja nichts da, was noviert werden könnte. Trotzdem aber bleibt der Kontokorrentvertrag derselbe wie in den anderen Fällen[1]).

Nach alledem bleiben schließlich nur noch die beiden letzten Möglichkeiten, Aufrechnung und Erlaß. Da es sich hier um eine vertragsmäßige Tilgung von Verbindlichkeiten handelt, im Gesetz aber ausdrücklich die Aufrechnung nur als einseitige Erklärung geregelt ist, könnte man versucht sein, nur die Möglichkeit eines gegenseitigen Erlaßes zu bejahen, da der Erlaß auch im Gesetz als Vertrag geregelt ist. Das Schweigen des Gesetzes über den Aufrechnungsvertrag bedeutet aber keineswegs etwa dessen Verneinung. Dies geht schon aus § 305 BGB. hervor. Es ist vielmehr ein anerkannter Satz, daß die Parteien Rechtswirkungen, für die das Gesetz eine einfachere Form vorschreibt, selbstverständlich auch mit komplizierteren Formen erreichen können, wenn dies im einzelnen Fall für sie zweckdienlich ist. Können sie deshalb schon durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung aufrechnen, so können sie dieselben Rechtswirkungen natürlich auch auf dem Wege des Vertrages erreichen. Dabei sind sie dann nicht gezwungen, sich an alle Voraussetzungen der gesetzlichen Aufrechnung zu halten. Da aber die Aufrechnung die spezifische und einfachste Art der Tilgung beiderseitiger Forderungen ist, es sich hier gerade um beiderseitige Forderungen handelt, und der Zweck des Kontokorrents eine möglichste Vereinfachung der Tilgung ist, so kommt die Aufrechnung allein als Tilgungs-

[1]) Vgl. Müller-Gumperda, S. 11.

form hier in Frage; denn um denselben rechtlichen Erfolg herbeizuführen, wären beim Erlaß zwei Rechtsakte erforderlich, bei der Aufrechnung aber nur einer. Dabei ist zu beachten, daß die Rechtsfolgen auch bei der Form des Vertrages im allgemeinen die der Aufrechnung auf Grund einseitiger Erklärung sein werden, soweit nicht etwa ausdrückliche Vereinbarungen der Parteien entgegenstehen[1]). Wenn Kremer[2]) die Aufrechnung beim Kontokorrent deshalb ablehnen will, weil hier angeblich die Abrechnung zwischen ganzen Summen stattfinde und vereinbart sei, in denen die Einzelforderungen und Leistungen als fungible vertauschbare Posten behandelt werden, so ist dieser Einwand unzutreffend. Nur wenn man die Kolonnenmethode bei der Zinsberechnung als Grundlage des Kontokorrents ansieht, könnte man die Ansicht aufrecht erhalten, daß die einzelnen Forderungen fungible vertauschbare Posten seien. Demgegenüber ist aber auf die zutreffenden Ausführungen Mohrs[3]) über die Bedeutung der Staffelmethode zu verweisen, d. h. einer Methode, bei der jedesmal die Bilanzierung erfolgt, wenn sich zwei Forderungen gegenüberstehen. Diese Art der Verrechnung entspricht dem Willen der Parteien, und deshalb kann eine Vertauschung der Posten gar nicht in Frage kommen; vielmehr werden die einzelnen Posten in der Reihenfolge aufgerechnet, in der sie in den Kontokorrent eintreten — wie später noch näher zu erörtern sein wird. α) Diese Aufrechnung geschieht nicht, wie Ötker[4]) und Düringer-Hachenburg[5]) annehmen, durch den Vertrag selbst, sondern erst bei der Saldierung am Schluß einer Rechnungsperiode oder nach Beendigung des ganzen Kontokorrentverhältnisses. Insofern stellt sich also der Kontokorrentvertrag als Pactum de compensando dar[6]). Die hier vertretene Auffassung entspricht auch dem Inhalt der gesetzlichen Bestimmung; denn nach § 355 HGB. soll

---

[1]) Vgl. Endemann, Lehrb. I, § 146. Planck, Vorbem. 1, vor § 387 BGB
[2]) S. 241. [3]) Vgl. S. 8—24. [4]) I, S. 256.
[5]) Vorbem. 3 vor § 355 HGB. [6]) Ebenso RGE. 56, S. 24,

am Schluß der Periode eine Ausgleichung durch Verrechnung stattfinden, worunter nach dem bisher erörterten nur die Aufrechnung verstanden werden kann. Daß das Gesetz von Ansprüchen und Leistungen spricht, kann hiergegen nicht, wie es Mohr[1]) tut, angeführt werden; denn diese Unterscheidung bezieht sich nur auf die verschiedene Art, wie ein Posten in den Kontokorrent eintritt, nicht aber auf die Bedeutung desselben im Kontokorrent. Beides soll ja nach dem Gesetz in Rechnung gestellt werden. Letzteres kann nur so verstanden werden, daß im Kontokorrent selbst die Einzelposten nach ihrer Einstellung nur als rechtlich gleiche Faktoren in Frage kommen, nämlich als Forderungen. Die Einzelposten behalten dabei trotz ihrer rechtlichen und zeitlichen Gebundenheit ihre bisherigen rechtlichen Eigenschaften bis zur Tilgung bei. Der Ansicht, daß sie zu bloßen Rechnungsfaktoren würden[2]), kann, wie bereits oben erwähnt, nicht beigepflichtet werden[3]), — auch die Geldleistungen wirken nicht als sofortige Tilgung; denn diese soll ja nach dem Zweck des Vertrages periodisch erfolgen. Sie werden vielmehr dem Leistenden gutgeschrieben und stellen keine Entlastung seines Kontos, sondern eine Belastung des Kontos des Empfängers dar. Auf diese Weise wird die größtmögliche Vereinfachung erreicht, und zwar auf dem Prinzip der Forderung[4]). Wenn Mohr[5]) dagegen anführt, es widerspräche dem Begriff der Zahlung, daß die Tilgung der Forderungen auch insoweit aufgeschoben sei, als Zahlungen vorlägen, so versteht er einmal unter Zahlung nur die Erfüllungsleistungen, indem er das Wort Zahlung als Äquivalent des lateinischen Solutio gebraucht. Das

[1]) § 32, S. 77 f.

[2]) So Müller-Gumperda, S. 25 u. früher RGE. 18, S. 268, 44, S. 388.

[3]) Vgl. Staub, Anm. 5 zu § 355, Ötker, I, S. 256.

[4]) Vgl. im übrigen Goldschm. Zeitschr. Bd. 35, S. 258 ff. Greber, S. 56. Staub, Anm. 16 und Makower, Anm. III f. zu § 355. Im Gegensatz zu Kremer, S. 241.

[5]) S. 108—109.

liegt an sich aber nicht in dem Wort Zahlung, denn dieses bedeutet eigentlich nichts weiter als aufzählen, und dieser ursprüngliche Sinn kann hier nur verwendet werden; denn die einzelnen Zahlungen, die innerhalb des Kontokorrentverhältnisses erfolgen, können juristisch ganz verschiedenen Charakter haben. Sie können nicht nur mit dem Animus solvendi, sondern auch mit dem Animus obligandi erfolgen; in den meisten Fällen aber wird weder das eine, noch das andere der Fall sein, insbesondere dann, wenn der Kontokorrent derartig wechselt, daß bald der eine, bald der andere Teil im Überschuß bleibt. Von der Erfüllung sagt Mohr zwar mit Recht, ihr Begriff verlange sofortige Tilgungskraft. Aber gerade dieser Umstand muß ja zu der Annahme führen, daß auch Geldleistungen nur als forderungsbegründete Momente im Kontokorrent in Frage kommen können, da nach der Absicht der Parteien ja gerade die Tilgung bis zum Ende der Rechnungsperiode suspendiert sein soll.

Mohrs Ausführungen wie die Theußners müssen zu falschen Resultaten führen, weil beide von dem falschen Gedanken ausgehen, Absicht der Parteien sei eine jedesmalige Tilgung sofort im Augenblick einer Zahlung oder in dem Augenblick, in welchem sich zwei Forderungen gegenüberstehen[1]). Mohr geht dabei sogar so weit, daß er die Behauptung aufstellt[2]), es gäbe trotz § 355 ff. HGB. überhaupt keine gesetzlichen Bestimmungen, die den wirklichen Kontokorrentverkehr regeln. Den Kontokorrent, wie ihn Mohr annimmt, allerdings nicht, aber das ist auch gar kein eigentliches Kontokorrentverhältnis. Mohrs verfehlte Auffassung beruht auf einem übertriebenen Glauben von der Bedeutung der sogenannten Staffelmethode bei der Zinsberechnung im Kontokorrent. Mag man auch anerkennen, daß die Staffelmethode die wirtschaftlich richtigste Grundlage für den Kontokorrent-

[1]) Diese Ansicht teilt auch anscheinend Josten, S. 29 f., vgl. gegen Mohr die ausführlichen Erörterungen bei v. Hartmann S. 25—29.

[2]) § 42, S. 103.

verkehr bildet, dieser Umstand zwingt aber deshalb noch keineswegs zur Annahme sofortiger Ausgleichung, bei Eintritt neuer Posten. Ein Blick auf die Gestaltung des Instituts der Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch läßt erkennen, daß es auch im gewöhnlichen Rechtsverkehr Situationen gibt, in denen zwei Forderungen einander gegenüberstehen können, ohne daß sofortige Tilgung eintreten müßte. Die wirtschaftliche Auffassung des einen oder anderen Teils, er werde nun dem anderen nichts mehr zu leisten brauchen, ist rechtlich bedeutungslos. Die eigentliche Tilgung tritt erst ein mit der dahingehenden Willenskundgabe, einer Partei. Das Gesetz kommt dann allerdings — in Reminiszenz an das gemeinrechtliche, im Gegensatz zum alten römisch-rechtlichen ipso iure compensetur — dieser wirtschaftlichen Auffassung der Beteiligten entgegen, indem es die Wirkung der Aufrechnung zurückbezieht auf den Augenblick, in dem die Gegenforderungen sich zum ersten Male aufrechenbar gegenüberstanden. (§ 389 BGB.) Wie oben ausgeführt, wird man allgemein bei Aufrechnungsverträgen als von den Parteien gewollte Wirkung diejenige annehmen müssen, welche die im Gesetz geregelte Aufrechnung hat. Gerade für den Kontokorrentvertrag wird das um so mehr gelten müssen, als sich bei dieser Auffassung die notwendige Aufschiebung der Tilgungsvornahme sehr wohl mit der der Staffelmethode entsprechenden wirtschaftlich besten Tilgungswirkung vereinen läßt. Die rechtlichen Vorgänge stehen dann im vollkommenen Einklang mit dem Verhalten der Parteien bei der Abrechnung, insbesondere auch mit der nachträglich vorgenommenen Einzelbalanzierung nach dem Prinzip der Staffelmethode. Mohr hat selbst diese Möglichkeit erkannt (§ 46) und damit eigentlich seine ganze Theorie am Schlusse wieder umgestoßen. Nur wegen der oben widerlegten falschen Erklärung der Bedeutung der Zahlungen im Kontokorrent glaubt er doch bei seiner Theorie beharren zu dürfen. — Das Reichsgericht hat auch einmal in E. 56, S. 24 den § 389 BGB.

beim Kontokorrentverkehr für beachtlich erklärt, aber es hat diese Auffassung nicht konsequent durchgeführt. Nach seiner Ansicht käme nämlich § 389 dann zur Anwendung, wenn die Abrechnung selbst erst gewisse Zeit nach der Beendigung des eigentlichen Kontokorrentverhältnisses erfolge, dann solle die Aufrechnung auf den Schluß der Rechnungsperiode zurückbezogen werden. Ebenso zieht auch Kremer[1]) die Wirkung nur auf diesen Moment zurück. Dies dürfte eigentlich nur von dem Anerkenntnis des Saldos gelten. Dieses Anerkenntnis wird von den Parteien in den meisten Fällen auf diesen Zeitpunkt zurückbezogen werden, insbesondere bei der Zinsberechnung von Saldo, nicht aber die Aufrechnung; denn die Einzelforderungen standen sich ja schon viel früher aufrechenbar gegenüber, nämlich seit der Einstellung der einzelnen Posten. In dieser Reihenfolge werden sie dann auch durch die Aufrechnung getilgt[2]). Diesem der Staffelmethode entsprechenden Resultat gegenüber führt die vom Reichsgericht in derselben Entscheidung angewandte verhältnismäßige Verrechnung, — die Greber zum erstenmal angeführt hat — zu Konsequenzen, die unmöglich von den Parteien gewollt sein können. Unzutreffend ist auch die Ansicht Regelsbergers u. a., es fände eine Gesamtaufrechnung aller Posten der einen Seite gegen alle Posten der anderen Seite statt. Ebenso auch die Ansicht Cosacks[3]), der § 396 fände ohne weiteres Anwendung. Diesen beiden Anschauungen sind die zutreffenden Ausführungen Mohrs über die Bedeutung der Staffelmethode entgegenzuhalten[4]).

Wie im übrigen die Abrechnung selbst im Einzelfalle von den Parteien vorgenommen wird, ob auf beiden Seiten eine Berechnung stattfindet, dann eine Übersendung des Auszuges und der Berechnung, danach eine ausdrück-

[1]) S. 179.

[2]) Ebenso, aber mit anderer Begründung Deuß, S. 85, Bähr, Anerkennung S. 180 Anm. 3.

[3]) § 88, VII, 1 b.

[4]) Vgl. Kremer S. 180.

liche oder stillschweigende Anerkennung erfolgt — und welche rechtliche Bedeutung diese einzelnen Akte dabei haben, dies zu untersuchen, würde hier zu weit führen. Für die Bestimmung der Natur des Kontokorrentvertrages können sie nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein [1]). Der Hauptinhalt dieser Abrechnung ist jedenfalls eine Aufrechnung, mag man deren Wirkung erst mit der Willensübereinstimmung der Parteien — also durch Vertrag — oder richtigerweise bereits durch einseitige Erklärung einer der Parteien als eingetreten annehmen.

3. Nebenmomente.

Nach alledem muß der Kontokorrentvertrag in seinem Hauptinhalt als Aufrechnungsvertrag angesehen werden. Neben diesem Hauptinhalt kommen zwar noch andere rechtliche Wirkungen in Frage, die aber entweder nur Mittel zum Zweck oder aber Folgeerscheinungen sind. Solche Nebenwirkungen sind z. B., daß die einzelnen Forderungen nicht selbständig geltend gemacht werden können, und somit eine rechtliche und zeitliche Gebundenheit erfahren. Dies ist aber nur notwendig, um die periodische Aufrechnung zu ermöglichen, ist aber nicht selbst Zweck des Vertrages. Deshalb wäre es verfehlt, im Kontokorrentvertrag wegen dieser zeitlichen Gebundenheit der Einzelforderungen einen Stundungsvertrag zu erblicken. Eine Stundung kann schon deshalb nicht in Frage kommen, weil es jeder Partei — falls nicht das Gegenteil vereinbart ist — gemäß § 355 Abs. 3 HGB. freisteht, den Kontokorrentvertrag jederzeit auch während der Dauer einer Rechnungsperiode zu kündigen. Enthält, wie oben gezeigt, der Kontokorrentvertrag als solcher auch keine Kreditgewährung im eigentlichen Sinne, so liegt in der Kreditierung der einzelnen Forderungen bis zur Abrechnung

[1]) Vgl. über diese Fragen Voigt, S. 29 ff.; Regelsberger in Jher. Jahrb. Bd. 46, S. 1 ff., Bd. 49 S. 407 ff.; Mohr, § 35—38 S. 84 ff.; Kremer § 7, 8, S. 174 ff.

immerhin die Zubilligung eines gewissen Vertrauens. Diese zweite Nebenerscheinung wird aber auf der anderen Seite dadurch fast ganz wieder aufgehoben, daß die Parteien auch die Regulierung ihrer eigenen Schulden bis zur Abrechnung verweigern können. Dies kommt einem Zurückbehaltungsrechte an Forderungen sehr nahe, und insofern kann man mit Kremer[1]) im Kontokorrentvertrag auch eine Art von Sicherungsmittel erblicken, was aber durchaus nicht das hervorstechendste Moment beim Kontokorrentvertrag ist.

4. Resultat.

Die bisherigen Untersuchungen ergeben somit das Resultat;

Der Kontokorrentvertrag ist ein gegenseitiger, aber durch das Zustandekommen von Einzelgeschäften bedingter Aufrechnungsvertrag, bei dem die Tilgung beiderseitiger Forderungen nach Schluß der einzelnen Periode oder Beendigung des ganzen Verhältnisses durch Aufrechnung und im Falle eines Überschusses auch durch novierendes Anerkenntnis erfolgt.

C. Der Konkurs.

I. Zweck des Konkurses.

Der Konkurs ist eine Art der Zwangsvollstreckung; aber er unterscheidet sich von der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung dadurch, daß er einmal das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners ergreift und dies Vermögen zum Zweck einheitlicher Verwertung zu einer einheitlichen Masse unter einem besonderen Verwalter zusammenfaßt. Während bei der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung

[1]) S. 243.

die Beschlagnahme deshalb nur zugunsten des betreibenden Gläubigers wirkt, die Befriedigung auch nur aus dem beschlagnahmten Gegenstand erfolgt — infolgedessen der Satz prior tempore potior iure uneingeschränkt gilt, — wirkt im Konkurs die Beschlagnahme zugunsten aller Konkursgläubiger, und die Verwaltung und Verwertung der Masse dient nunmehr dem alleinigen Zweck gleichmäßiger Befriedigung aller Konkursgläubiger[1]). Dieser Zweck — par conditio creditorum — ist das Hauptprinzip des Konkurses, gegen das auch Handlungen des Konkursverwalters nicht verstoßen dürfen, ohne den Konkursgläubigern gegenüber rechtsunverbindlich zu sein[2]). Aus diesem Zweck heraus sind deshalb auch die Bestimmungen über die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung (§ 7), ferner die Bestimmung des § 15 KO. und schließlich auch die bereits oben erwähnte Wirkung auf schwebende Rechtsbeziehungen (§ 17), deren Stärke je nach der Natur des betreffenden Rechtsinstituts verschieden ist, zu erklären.

II. Wirkung des Konkurses.

Welchen Einfluß der Konkurs auf den Kontokorrentvertrag ausübt, wird nunmehr aus den Untersuchungen über das Wesen derselben unter Berücksichtigung des eben festgestellten Zwecks des Konkurses leicht gefolgert werden. Dabei muß man unterscheiden: 1. die Wirkung auf die Geschäftsverbindung als solche, 2. auf den Kontokorrentvertrag oder das Kontokorrentverhältnis, und 3. auf den Kontokorrentverkehr:

1. Der Einfluß auf die Geschäftsverbindung wird im einzelnen Falle davon abhängen, ob sie rein tatsächlich ist und nur durch den Kontokorrentvertrag zusammengehalten wird, oder aber ob sie selbst als besonderes Rechtsband neben dem Kontokorrentvertrag die einzelnen

[1]) Vgl. Jaeger, Einl. zu § 12 KO.
2) RGE. 57, S. 190.

Geschäfte zusammenhält, z. B. in Gestalt eines Sukzessivlieferungsvertrages oder eines Auftrages oder eines Krediteröffnungsvertrages. Im ersteren Falle kann eine besondere rechtliche Wirkung neben der auf den Kontokorrent überhaupt nicht in Frage kommen. Im zweiten Falle aber wird sie sich selbständig, d. h. unabhängig von der Wirkung auf den Kontokorrentvertrag, nach den Bestimmungen der §§ 17 ff. KO. richten. Ob in diesem Falle eine Wechselbeziehung zwischen der einen und der anderen Wirkung zu bejahen sein wird, hängt von den Parteivereinbarungen ab. Die Geschäftsverbindung als solche kann fortgesetzt werden, auch wenn der Kontokorrentvertrag ein Ende gefunden haben sollte. Hat aber die Geschäftsverbindung ihr Ende gefunden, so wird dadurch nicht zugleich auch der Kontokorrentvertrag unmittelbar beendigt; denn für den Abschluß und die Existenz des Kontokorrentvertrages ist das Vorhandensein einer Geschäftsverbindung — wie oben festgestellt — nicht Voraussetzung, sondern nur für die Wirkung. Es könnte deshalb der Kontokorrentvertrag an sich auch weiter dauern trotz Endigung des ursprünglichen Nebenvertrages und es könnte auch eine Weiterwirkung dann in Frage kommen, wenn an die Stelle des ursprünglichen Nebenvertrages ein anderer gesetzt würde. Nur wenn der Kontokorrentvertrag in ganz enge Beziehung zu einem bestimmten Nebenvertrag gesetzt worden wäre, würde wenigstens indirekt eine Endigung des Nebenvertrages auch dem Kontokorrentvertrag die weitere Wirkungsmöglichkeit entziehen.

2. Im übrigen aber ist prinzipiell die Wirkung auf den Kontokorrentvertrag, da dieser, wie oben gezeigt, in keiner Weise identisch ist mit den die Geschäftsverbindung ausmachenden Einzelgeschäften oder mit der diese zusammenfassenden besonderen Vereinbarung, unabhängig von der Wirkung auf die Einzelgeschäfte oder die sie zusammenfassende Vereinbarung. Die herrschende Meinung nimmt Endigung, auch trotz verschiedener Auffassung über die Natur des Kontokorrentverhältnisses übereinstimmend

an[1]). Andere wieder verneinen jede Beendigung und nehmen nur einen vorzeitigen Rechnungsabschluß an[2]). Wieder andere wollen lediglich § 17 KO. unmittelbar und § 357 HGB. analog anwenden[3]). Einige nehmen schließlich sogar Endigung und Anwendung des § 17 KO. nebeneinander an[4]).

Die Vertreter der Kredittheorien gehen, soweit sie überhaupt eine Begründung versuchen, — was in den wenigsten Fällen geschieht, — dabei von der Erwägung aus, jede Kreditgewährung beruhe auf einem erheblichen Vertrauen dem Schuldner gegenüber. Wenn nun die Grundlage für dieses Vertrauen völlig erschüttert werde, so müsse etwa nach Art einer clausula rebus sic stantibus, der auf Vertrauen beruhende Kreditgewährungsvertrag ohne weiteres ein Ende finden, was insbesondere im Konkurs der Fall sein müsse, da durch ihn die wirtschaftliche Position des Gemeinschuldners völlig erschüttert werde[5]). Zu demselben Resultat müßten die Vertreter der Ansicht,

---

[1]) So Creizenach, S. 45, Levy-Rießer, S. 146 — mit der einfachen Erklärung, sie bedürfe nur der Erwähnung, keines Beweises — Grünhut in seiner Zeitschr. Bd. 3, S. 507 und bei Endemann, S. 958; Goldschmidt: System, § 111, Nr. 8; Greber, S. 32; v. Hartmann, S. 110; Cosack, § 88, Nr. XII; Makower Anm. VI d zu § 355, insbes. auch: RGE. 2, S. 264, 22, S. 150, 27, 140; OLG. Stuttgart in Recht 08, S. 404. Hierher zu rechnen ist wohl auch Staub Anm. zu § 355, wenn er davon spricht, daß zwar der Kontokorrentverkehr aufgehoben wird, aber nur ein vorzeitiger Rechnungsabschluß eintrete. Man wird dies wohl nur dahin verstehen können, daß zwar der Kontokorrentvertrag endet — „Vertrag" ist ja enger als „Verkehr" — aber nicht alle Wirkungen des Kontokorrentvertrages erlöschen. Er beruft sich ja auch auf R. G. 22, S. 149.

[2]) So Mohr S. 120; Oetker, I, S. 256; Jaeger, Anm. 8 zu § 65 KO. — Lehmann-Ring, Anm. 34 nimmt nur Kündigungsrecht an.

[3]) So Düringer-Hachenburg, Anm. 40, zu § 355. Die von Düringer-Hachenburg vertretene Ansicht, die Konkurseröffnung wirke wie eine Pfändung zugunsten der Masse, beachtet zu wenig die im Vergleich zur Pfändung viel weitergehende Wirkung des Konkurses, wenn sich auch in manchem Ähnliches bei beiden zeigt.

[4]) So Kemme, S. 111, Voigt, S. 36. Diese Meinung ist unklar, und in sich widerspruchsvoll, da § 17 KO. ja gerade den Fortbestand des Vertrages voraussetzt.

[5]) Vgl. etwa Greber, S. 31 f.

der Kontokorrent sei ein Auftragsverhältnis oder etwas ähnliches, kommen, nur daß sie sich jetzt auf die positive Bestimmung des § 23 KO. stützen könnten. Da aber beide Meinungen über das Wesen des Kontokorrentvertrages, wie oben gezeigt, unzutreffend sind, können diese Gründe die Annahme einer Endigung des Kontokorrentvertrages infolge Konkurseröffnung nicht stützen. Düringer-Hachenburg stellen dies auch in zutreffender Weise fest, glauben dann aber daraus und aus der Natur des Kontokorrentvertrages als gegenseitigen Vertrages weiter schließen zu müssen, daß eine Endigung überhaupt nicht in Frage kommen könnte, vielmehr § 17 KO. Anwendung finde. Düringer-Hachenburgs Schluß ist aber verfehlt. Da der Kontokorrentvertrag zwar ein gegenseitiger, aber doch in der Wirkung durch den Abschluß von Einzelgeschäften bedingter Vertrag ist, würden sich schon bei der Frage der Erfüllung Bedenken einstellen, die die Unselbständigkeit und Bedingtheit des Vertrages wecken müßten. Das Prinzip des § 17 KO. ist aber überhaupt nicht so absolut, daß es nicht in mehrfacher Hinsicht Durchbrechungen erleiden müßte. Schon in der KO. selbst gibt es deren mehrere, insbesondere § 23 Abs. 2, wonach Geschäftsbesorgungsverträge im Sinne des § 675 BGB. obwohl sie doch zweifellos als Dienst- oder Werkverträge gegenseitige Verträge sind, ohne weiteres erlöschen. Ferner eine allgemeine Durchbrechung im § 25 zugunsten besonderer Vorschriften des Bürgerlichen Rechts. Diese Durchbrechungen müssen weiter durch den allgemeinen Satz ergänzt werden, daß alle die Verträge notwendig mit der Konkurseröffnung endigen müssen, die ihrem Inhalt und Zweck nach derart mit den Wirkungen und dem Zweck des Konkurses und umgekehrt diese mit jenen im Gegensatz stehen, daß bei ihnen die Annahme einer Fortsetzung sowohl gegen das Wesen des Konkurses, als des fraglichen Vertrages verstieße. Ein solcher Vertrag ist aber der Kontokorrentvertrag. Bei ihm tritt die Beendigung allerdings nicht in dem Sinne ein, daß nunmehr jede

Wirkung des Kontokorrentverhältnisses aufgehoben würde; die darin enthaltenen Posten bleiben auch weiter in derselben Gebundenheit bis zur endgültigen Abrechnung[1]). Als Aufrechnungsvertrag würde er aber mit der Eröffnung des Konkurses in Widerspruch geraten mit den Bestimmungen des § 55 KO. Diese Bestimmungen beziehen sich nicht etwa nur auf die gesetzliche Aufrechnung durch einseitige Erklärung, sondern sie gelten mit der gleichen Kraft auch für die vertragsmäßige Aufrechnung[2]). Die bis zur Konkurseröffnung vorhandenen Forderungen des Gläubigers wären, da sie bereits vor der Konkurseröffnung begründet waren, als Forderung gegen den Gemeinschuldner anzusehen und könnten deshalb nicht gegen eine Schuld an die Masse aufgerechnet werden, und zwar wegen Mangels der für die Aufrechnung erforderlichen Gegenseitigkeit.

Da die Aufrechnung als solche außerdem vom Gesetzgeber wie eine abgesonderte Befriedigung des Gläubigers behandelt wird[3]), was z. B. aus § 56 KO. hervorgeht, der § 50 also eine Bestimmung aus dem Titel „Absonderung" heranzieht, so würde eine auch nach Eröffnung des Konkurses ohne weiteres gegebene Aufrechnungsmöglichkeit auch gegen die par conditio creditorum verstoßen. Umgekehrt würde aber auch der § 65 KO. dem Zweck des Kontokorrentvertrages widersprechen. Ob dies unmittelbar geschehe (Cosack, § 88) oder nur bei analoger Anwendung (v. Hartmann, S. 111) kann dahingestellt bleiben. In jedem Falle müßte die zeitliche Gebundenheit, die die periodische Aufrechnung verlangt, wegfallen. Wenn Jaeger gegen Cosack, der bei seiner Annahme eines Stundungselementes im Kontokorrentvertrag von Eintritt der Fälligkeit spricht, den Wortlaut des § 65 anführt: die betagten Forderungen „gälten" nur als fällige, sie würden es aber nicht, so kann dem eine Bedeutung nicht beigemessen werden. Gerade auch im Kontokorrentverhältnis wird die

[1]) Vgl. Staub, Anm. 41.

[2]) Vgl. RGE. 33, S. 48, 40; S. 125.

[3]) Motive, S. 226 f., bei Hahn, S. 216.

zeitliche Gebundenheit nur durch den Zweck bedingt, was durchaus der entgegengesetzten Behandlung im Konkurse, die gleichfalls durch dessen Zweck bedingt ist, entspricht[1]).

Es kommt schließlich noch ein weiteres Moment hinzu, nämlich der Umstand, daß der andere Teil nach der Konkurseröffnung sich plötzlich zwei Personen, dem Konkursverwalter und dem Gemeinschuldner gegenübersieht. In konsequenter Weise müßte man ihm dann die Möglichkeit zusprechen, das Kontokorrentverhältnis mit beiden fortzusetzen[2]), so daß sich das merkwürdige Resultat ergebe, daß zwei verschiedene Kontokorrentverhältnisse nebeneinander herlaufen würden, die aber jedes für sich ein und dasselbe fortgesetzte Kontokorrentverhältnis darstellen müßten. Das wäre ein Widerspruch in sich selbst, den man sich weder logisch denken, noch praktisch als durchführbar vorstellen kann.

All diese Gründe zwingen zu der Annahme sofortiger Endigung des Kontokorrentverhältnisses im Falle der Konkurseröffnung. Damit erlöschen aber nicht alle Verpflichtungen[3]), die der Kontokorrentvertrag als solcher erzeugte; die Pflicht des Gemeinschuldners zur Abrechnung geht auf den Konkursverwalter über. Dies hat mit § 17 KO. nichts zu tun, sondern folgt aus der Natur des Kontokorrentvertrages und aus § 7 Abs. 2, 117 KO., wonach das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse allein dem Verwalter zusteht. Dies letzte Moment übersieht anscheinend Ötker, wenn er[4]) erklärt: „die Liqui-

---

[1]) Vgl. Makower, Anm. V, 68 zu § 355 HGB.

[2]) Diese beiden Möglichkeiten gewähren tatsächlich auch die Vertreter der Gegenansicht dem andern Kontokorrentisten ohne den logischen Widerspruch zu ihrer eigenen Auffassung gewahr zu werden.

[3]) Dies ist rechtlich nichts Ungewöhnliches. Ähnlich kann ja z. B. ein Gesellschaftsverhältnis endigen, ohne daß damit auch zugleich eine Aufhebung sämtlicher Rechtsbeziehungen zwischen den ursprünglichen Gesellschaftern erfolgt. Auch in diesem Falle ist eine besondere Auseinandersetzung erforderlich. Ähnlich hat man sich auch hier die Wirkung des Vertrages über seine Endigung hinaus zu denken.

[4]) S. 257 a. E.

dation des Saldo wird öfter durch präpatatorische Klage auf Rechnungslegung gegen den Gemeinschuldner, nicht gegen den Verwalter eingeleitet werden," wenn man nicht etwa diese Bemerkung lediglich dahin verstehen will, daß das Rubrum im Prozeß stets auch den Gemeinschuldner nennen muß.

Wie oben festgestellt, liegt nun in der Saldoanerkennung ein novatorisches Anerkenntnis im Sinne der §§ 781/82 BGB. Dieses Anerkenntnis hat als solches, wie oben bereits betont, nicht nur deklaratorische, sondern auch konstitutive Wirkung. Nach § 59 Nr. 1 KO. gelten nun aber Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen, als Masseschulden. Dadurch könnte der Schluß nahegelegt erscheinen, daß in jedem Falle durch ein derartiges Anerkenntnis eine Masseschuld begründet würde. Diesen Schluß zieht auch Jaeger[1]). Wäre dieser Schluß richtig, so könnte deshalb die Annahme einer sofortigen Endigung des Kontokorrents bei Konkurseröffnung unnötig erscheinen. Denn da in jedem Fall ein vorzeitiger Rechnungsabschluß eintreten müßte, könnte das Hauptargument, der Verstoß gegen § 55 KO., auf diesem Wege beseitigt werden. Dann würde ja durch das Anerkenntnis auch der bisherige Saldo zur Masseschuld werden und könnte dann gegen spätere Forderungen der Masse aufgerechnet werden. Zum mindesten ergäbe sich dann aber die Möglichkeit, auch trotz Endigung des Kontokorrentverhältnisses den Kontokorrentverkehr mit Übernahme des alten Passivsaldo fortzusetzen, also wenigstens wirtschaftlich dasselbe zu erreichen, wie durch eine Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses. Beides aber ist zu verneinen, weil der von Jaeger gezogene Schluß nicht richtig ist.

Der Konkursverwalter wird zwar nicht von allen Bestimmungen der KO. in demselben Maße gebunden, wie der Gemeinschuldner; er hat zwar die Befugnis, für die

[1]) Anm. 1 zu § 59.

Masse Verpflichtungen zu begründen, er kann Pfänder und Hypotheken an Massegegenständen bestellen[1]). Alle diese Befugnisse werden aber in jedem Falle durch den Zweck des Konkurses begrenzt. Dieser Zweck besteht — wie bereits betont — in der Verwertung der Masse „zur gemeinschaftlichen und grundsätzlich gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger". (Jaeger, Einl. zu § 12.) Diesem Zweck darf eine Handlung des Konkursverwalters keinesfalls zuwiderlaufen, wofern sie nicht „der Masse gegenüber rechtsunverbindlich" sein soll (RGE. 57, S. 159). Einen Verstoß würde stets die gesetzwidrige Bevorzugung eines Konkursgläubigers darstellen. Aus diesem Grunde hat das Reichsgericht in zutreffender Weise wiederholt Handlungen, die darauf hinausliefen, für rechtsunverbindlich erklärt, so z. B. in E. 23, S. 62, eine unbegründete Zahlung aus der Masse an einen Konkursgläubiger — in 53, S. 193: die Anerkennung eines unbegründeten Zurückbehaltungsrechtes — bei Bolze 17, S. 441, Nr. 854: die ungerechtfertigte Anerkennung eines Vorrechtes für eine Konkursforderung und in JW. 893, S. 428, Nr. 18 — die Anerkennung einer Konkursforderung als Masseschuld. Eine solche Bevorzugung, und zwar eine der ähnliche, wie die in der letzten Entscheidung für unzulässig erklärten, würde nun aber auch die Umwandlung einer gewöhnlichen Konkursforderung in eine Masseschuld durch ein abstraktes Schuldanerkenntnis darstellen. Würde tatsächlich die notwendige Folge eines solchen Anerkenntnisses die Begründung einer Masseschuld sein, so hätte es der Konkursverwalter ja in jedem Falle in der Hand, nach Belieben dem einen oder anderen Konkursgläubiger eine Sonderstellung zu gewähren. Bei Abrechnungsverträgen, insbesondere bei Erledigung von Kontokorrentverhältnissen, wäre das aber in jedem Fall einfach notwendig. Dann wäre der Abschluß eines Kontokorrentvertrages das beste Mittel, sich für den Fall eines Konkurses eine gesicherte Sonderstellung zu schaffen,

[1]) Vgl. Jaeger, Anm. 41, zu § 6 KO., RGE. 53, S. 192. 60, S. 32.

da der Saldo, der nach der Eröffnung festgestellt würde, ja dann in jedem Falle Masseschuld werden müßte. Diese krassen Konsequenzen zeigen, wie verfehlt Jaegers Ansicht ist. Eine derartige Wirkung würde stets dem Zweck des Konkurses zuwider laufen. Sie würde auch zu einer Umgehung des Gesetzes führen; denn wenn zwar auch der Konkursverwalter in den Fällen des § 55 KO. nicht aufrechnen dürfte — was mit der herrschenden Meinung angenommen werden muß[1]) — so hätte es der Konkursverwalter ja jederzeit in der Hand, die für die Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit durch eine derartige Umwandlung einer Konkursforderung in eine Masseschuld herzustellen. Diese Erwägungen zwingen dazu, anzunehmen, daß entweder dem Konkursverwalter jede Abgabe eines abstrakten Schuldanerkenntnisses verboten sei, was nicht angenommen werden kann, oder aber richtiger, daß § 59, Nr. 1 KO. anders zu verstehen sei als wie Jaeger ihn auslegt. Die Entstehung von Ansprüchen aus Handlungen des Verwalters kann nicht lediglich auf den selbständigen Rechtsgrund abgestellt erscheinen. Es müssen vielmehr auch alle die auf einem selbständigen Verpflichtungsgrund beruhenden Forderungen als nicht unter § 59, Nr. 1 KO. fallend angesehen werden, die im weiteren Sinne eine Umwandlung einer früheren Konkursforderung darstellen, oder die in irgendeiner Weise als Substrat einer solchen erscheinen. Damit tritt allerdings in gewissem Maße ein wirtschaftliches Moment in die Auslegung der Gesetzesstelle, aber ein solches Moment findet sich ja häufig in den Bestimmungen der KO. und ist durch das Wesen des Konkurses bedingt, das in Verwertung einer Masse, d. h. eines Vermögens, für einen bestimmten Zweck besteht. Ein abstraktes Schuldanerkenntnis kann nach alledem deshalb auch nicht geeignet erscheinen, die Fortsetzung des ursprünglichen Kontokorrentverhältnisses zu ermöglichen. Eine Ausnahme hiervon könnte man auch nicht etwa in

[1]) Vgl. Jaeger, Anm. 2 zu § 55.

einzelnen Fällen dann machen, wenn der betroffene Gläubiger nicht gewöhnlicher Konkursgläubiger ist, sondern für seine Forderung ein Absonderungsrecht hat; denn auch dies Moment würde die Annahme einer gesetzwidrigen Bevorzugung nicht ausschließen. Seine Forderung würde sich, wenn sie nicht gesichert wäre, als Konkursforderung darstellen. Bei Zusammentreffen von Sicherung und Konkursforderung aber würde er jedenfalls der Beschränkung des § 64 KO. unterliegen. Wenn er durch das abstrakte Schuldanerkenntnis anstatt seiner früheren Konkursforderung eine Forderung gegen die Masse als solche erlangt hätte, so würde er auch ohne Verzicht den ganzen Betrag aus der Masse verlangen können, da er als Massegläubiger der Beschränkung des § 64 KO. nicht unterliegen würde[1]). Also auch das würde stets eine Bevorzugung dieses Gläubigers und eine Benachteiligung der anderen bedeuten.

Außer der eben festgestellten ist nun noch eine weitere Einschränkung der Bedeutung des novatorischen, abstrakten Schuldanerkenntnisses im Konkurse erforderlich. Die Kontokorrentabrechnung wird in der Regel von einem solchen Anerkenntnis begleitet, wie oben festgestellt. In den Fällen nun, in denen sich ein Aktivsaldo für den Gläubiger ergibt, wird, wie eben festgestellt, zwar eine Masseschuld dadurch, daß der Verwalter die Abrechnung vornimmt, nicht begründet. Würde man aber in solchen Fällen das Hauptgewicht auch wirtschaftlich auf die Begründung eines neuen selbständigen Verpflichtungsgrundes legen und unter Novation auch hier völlige Aufhebung des Zusammenhanges mit den alten Forderungen verstehen so würde man den Saldo überhaupt nicht als Konkursforderung anzusehen haben[2]). Das erscheint nicht richtig. Man muß deshalb annehmen, daß hier der Begriff des Vermögens mehr im wirtschaftlichen Sinne ausschlaggebend sein müsse. Ist der wirtschaftliche Zusammenhang aber zwischen der Saldo-

[1]) Vgl. Jaeger, Anm. 2 zu § 64.
[2]) Vgl. Oetker I, S. 256.

forderung und den ursprünglichen Kontokorrentforderungen durch das novatorische Anerkenntnis nicht völlig aufgehoben, so kann dann richtigerweise die Saldoforderung auch in solchen Fällen als Konkursforderung angesehen werden.

Eine Abrechnung muß auch im Konkurse erfolgen. Erst durch sie erfolgt die endgültige Regulierung der im Kontokorrentverhältnis gebundenen Forderungen. Bei dieser Abrechnung im Konkurse zeigen sich nun aber Besonderheiten. So insbesondere bezüglich der zur Zeit der Konkurseröffnung bereits abgeschlossenen, aber noch nicht völlig erfüllten Einzelgeschäfte. Sind dies gegenseitige Verträge, so kommen die §§ 17 ff. KO. zur Anwendung. Übt nun z. B. der Konkursverwalter bei einem Kaufvertrag sein Wahlrecht dahin aus, daß er die Erfüllung des Vertrages ablehnt, so würde gemäß § 26 KO. der Entschädigungsanspruch des Gegners, der an die Stelle der Kaufpreisforderung träte, gewöhnliche Konkursforderung sein. Da der Anspruch selbst aber bereits mit dem Abschluß des Vertrages entstanden war, so erwarb der Gegner bereits mit dem Abschluß einen bedingten Anspruch auf Einstellung der Kaufpreisforderung in den Kontokorrent. Eingestellt selbst konnte diese Forderung vor der Lieferung nicht werden; denn wenn sie auch gemäß § 433 BGB. bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrages existent geworden war, so hätte doch eine Einstellung bereits zu diesem Zeitpunkt nicht dem Willen der Parteien entsprochen[1]). Mit der Lieferung aber wurde dann der bedingte Anspruch auf Einstellung in den Kontokorrent unbedingt und hätte alsdann die Einstellung erfolgen müssen. War nun aber inzwischen eine Endigung des Kontokorrentverhältnisses, aber noch keine Abrechnung, eingetreten, so hätte die Kaufpreisforderung in die Abrechnung eingestellt werden müssen. Denn insofern wäre nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes gemäß § 159 BGB. eine Rückbeziehung anzunehmen gewesen. Allerdings mit der Ein-

[1]) Vgl. Deuß, S. 40.

schränkung, daß bei Verzinsung der Einzelposten[1]) die Kaufpreisforderung nur ans Ende der Kreditseite zu setzen gewesen wäre, da ja sonst der Käufer Zinsen für die Kaufpreisforderung bereits vor der Lieferung der Ware empfangen haben würde. An dieser Sachlage würde im Prinzip sich auch nichts geändert haben, wenn die Endigung des Kontokorrentverhältnisses durch eine Konkurseröffnung und die Lieferung erst nach der Konkurseröffnung — nach Wahl des Verwalters gemäß § 17 KO. — erfolgt wäre. Auch dann hätte dem Kontokorrentvertrage gemäß die Kaufpreisforderung in die Abrechnung an sich hineingehört, was allerdings infolge anderer Umstände dann doch nicht hätte ausgeführt werden dürfen, da der Erfüllungsanspruch gemäß § 59 KO. Masseschuld, der Kontokorrentsaldo aber gewöhnliche Konkursforderung gewesen wäre[2]). Wenn nun aber infolge der Ablehnung des Konkursverwalters an Stelle der Kaufpreisforderung eine Entschädigungsforderung trat, so erwarb damit der Gläubiger nicht etwa erst in diesem Augenblick eine n e u e Forderung, sondern es hat sich nur die früher bereits existente Kaufpreisforderung in diese Entschädigungsforderung kraft Gesetzes umgewandelt[3]). Der Gläubiger muß deshalb als berechtigt gelten, die Entschädigungsforderung mit den Forderungen des Gemeinschuldners aus dem Kontokorrent zu verrechnen, was durchaus zulässig ist, da beides Konkursforderungen sind. Die Entschädigungsforderung muß also in die Abrechnung selbst eingestellt werden. Aber auch hier an das Ende der Kreditseite, wenn der Gläubiger Zinsen für die Einzelposten verlangen kann, worauf noch später zurückzukommen sein wird.

Wählt der Konkursverwalter aber Erfüllung des Ver-

[1]) Die Verzinsung gehört nicht notwendig zum Begriff des Kontokorrentverhältnisses. Wenigstens ist dies mit der herrschenden Meinung gegen Cosack, § 88, Flender S. 13 u. a. anzunehmen.

[2]) Insoweit wäre deshalb eine Rückbeziehung im Sinne des § 159 BGB. in diesem Falle nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes als ausgeschlossen anzusehen, da dies zum mindesten eine unbillige Benachteiligung des Gläubigers wäre.

[3]) Dies nimmt jetzt auch das RG. in E. 58, S. 11 und 79, S. 132 im Gegensatz zu einer früheren Entscheidung, 46, S. 98, an.

trages, so wird der Erfüllungsanspruch aus dem Vertrage gemäß § 59 KO. Masseschuld. Damit scheidet er, wie bereits oben erwähnt, aus dem Konnex mit den übrigen Kontokorrentforderungen aus, da diese gewöhnliche Konkursforderungen geblieben sind.

Ebenso wie bei den letzten Untersuchungen sind ferner aus dem Prinzip der Bedingung heraus die Einstellung von Wechseln vor der Zahlung und deren Stellung im Konkurse zu erklären. Waren bei den schwebenden Geschäften bereits mit dem Vertragsabschluß bedingte Ansprüche auf Einstellung entstanden, eine Einstellung aber noch nicht erfolgt, so werden hier gerade umgekehrt Posten in den Kontokorrent eingestellt, die noch nicht definitiv feststanden. Greber schildert die fraglichen Vorgänge gut wie folgt[1]):

„Im Konkursfalle eines der Kontokorrentisten tritt nicht selten der Fall ein, daß der eine Kontrahent dem andern Wechsel, Anweisungen und andere Wertpapiere übersandt hat, welche dem Übersender gutgeschrieben wurden und infolgedessen im Saldo verrechnet zu werden bestimmt sind, während sich nach der Konkurseröffnung zeigt, daß diese Werte vom Schuldner nicht bezahlt, bzw. eingelöst werden. Hier nämlich wird, trotzdem mit dem Momente der Konkurseröffnung der Kontokorrent abgeschlossen ist, eine derartige Tatsache auch später noch dadurch berücksichtigt, daß der Betrag des nicht eingehenden Papiers abgeschrieben oder rückgebucht (storniert) wird. Diese ‚Rückbuchung' ist auch außerhalb des Konkurses durchweg üblich und sogar die einzige Möglichkeit, den fraglichen ausgefallenen Betrag wieder wettzumachen.

Beim Konkurse eines Kontokorrentisten ist die Anwendung dieser Regel insofern befremdlich, als sie gegen den Grundsatz zu verstoßen scheint, daß Konkursforderungen, mögen sie nun einzeln oder innerhalb einer Kontokorrentabrechnung geltend gemacht werden, vor der Kon-

---

[1]) S. 140.

kurseröffnung zur Existenz gekommen sein müssen, und daß später entstandene Forderungen nicht im Konkurse berücksichtigt werden dürfen."

An einer anderen Stelle erklärt er die praktische Bedeutung der Frage folgendermaßen[1]).

„An dieser Rückbuchung nach der Konkurseröffnung hat der Kontokorrentist ein großes Interesse. Denn einerseits darf derjenige, welcher dem in Konkurs gefallenen Kontokorrentisten den Saldo schuldet, die ihm vom Kridatar übersandten, aber nicht eingegangenen Werte neutralisieren, während er sonst verpflichtet wäre, den Saldo (ohne Rückbuchung) ganz zu bezahlen und bei seiner Rückforderung (wegen Nichteinlösung des Papiers) auf Prozente beschränkt wäre; und andererseits darf der Kontokorrentist, welchem ein Aktivsaldo gegen den in Konkurs Gefallenen zusteht, die Werte, die er dem Kridatar übermachte, durch Rückschreibung ausgleichen, während sonst dem Kridatar die Möglichkeit geboten wäre, den Saldo (ohne Rückbuchung) nur anteilmäßig zu bezahlen, seine Rückforderung aber in voller Höhe geltend zu machen."

Über die Zulässigkeit der Stornierung als solcher herrscht Einigkeit, die Meinungen gehen auseinander nur bezüglich ihrer rechtlichen Begründung und etwa noch über den Umfang der bei der Stornierung einzusetzenden Posten[2]) Die verschiedenen Ansichten über die Natur des Kontokorrentvertrags zeigen auch hier Wirkungen: Vertreter der Kredittheorie, z. B. wie Levy-Rießer, operieren damit, daß die Stornierung ihren Grund darin habe, daß sich nachträglich herausstelle, daß der Empfänger anstatt Kredit erhalten, Kredit gewährt habe[3]). Dies erklärt jedoch nichts

---

[1]) S. 143.

[2]) Vgl. Creizenach, S. 44 ff.; Levy-Rießer, S. 135 ff.; Grünhut bei Endmann, Hdb., S. 957 f; Greber (Abh.), S. 140 ff.; Lehmann-Ring, Anm. 21; Staub, Anm. 41; Kemmer, S. 111 f.; v. Hartmann, S. 58 f.; Kremer, S. 152, 155 u., S. 243; Mohr, S. 117 ff.; RGB. 27, S. 140.

[3]) Vgl. S. 135—39, 146 f., dagegen Greber, S. 141.

und wird mit der ganzen Vorstellung vom Kontokorrentvertrag als Kreditgewährungsvertrag hinfällig.

Beachtlicher ist die Begründung Creizenachs: Er nimmt an[1]), daß der Regreßanspruch als obligatio causa data non secuta bereits mit der Einsendung entsteht.

Diese Ansicht[2]) erscheint jedoch nicht einwandfrei; denn das Wesen der condictio ob causam datam besteht doch gerade darin, daß erst durch den Wegfall der causa die Verbindlichkeit entsteht, eine rückwirkende Kraft hat sie nicht, und der Vorstellung von einer Leistung, die von vornherein die Begründung einer Condictio bezweckt, stehen doch juristische Bedenken entgegen[3]).

Die Erklärung Creizenachs nähert sich jedoch schon der richtigen Begründung insofern, als sie schließlich auch die Annahme einer Bedingung enthält. Nur entsteht eine bedingte Forderung nicht als condictio und nicht schon mit der Einsendung des Papiers, sondern als bedingte Gegenforderung erst mit der Einstellung in den Kontokorrent, wie dies zum ersten Male Greber zutreffend ausführt[4]). Die Bedingtheit der Einstellung ist nicht nur dann anzunehmen, wenn ausdrücklich die Klausel S. J. (Salvo incasso) beigefügt ist, sondern auch in allen andern Fällen, da sie auch dann als stillschweigend vereinbart zu gelten hat.

Man muß bei der Einstellung von Wechseln und ähnlichen Wertpapieren mit Mohr[5]) unterscheiden, ob sie „zum Inkasso", d. h. zahlungshalber gegeben oder diskontiert sind.

Im ersten Falle wird z. B. der Wechsel nicht weiter begeben, sondern er verbleibt bis zum Fälligkeitstage beim Empfänger. In solchen Fällen ist ohne weiteres ersichtlich,

---

[1]) S. 44 ff.

[2]) Allem Anschein nach hat sich Müller-Gumperda durch sie anregen lassen bei seiner Konstruktion des Kontokorrentvertrages, bei der er diese Vorstellung von der obligatio ob causam datam, die Creizenach nur für diese spezielle Frage verwertet, auf die ganze Vertragskonstruktion überträgt. Vgl. dagegen Kremer, S. 141 f.

[3]) Weitere Erklärungsversuche siehe bei Kemmer, S. 111 ff.; v. Hartmann, S. 58 ff.

[4]) S. 142. [5]) Mohr, S. 118 f.

daß die Einstellung des Betrages in die Kontokorrentrechnung lediglich provisorisch, d. h. resolutiv bedingt erfolgt; denn der Wechsel soll hier nur eine Art Sicherheitsleistung darstellen und nur die schnellere Verwirklichung im Falle der Nichteinlösung ermöglichen. Wird trotzdem der Posten dem Wechselschuldner sofort gutgeschrieben, so enthält die Rechnung insofern eine Unrichtigkeit, als bereits mehr eingestellt ist, als wirklich geleistet worden ist. Infolgedessen muß die Einstellung als provisorisch gelten und kann nach Eintritt der Bedingung richtig gestellt werden.

Aber auch bei der Diskontierung eines Wechsels muß die Einstellung als resolutiv bedingt gelten. Denn hier erhält der Empfänger ja zwar bereits durch die Begebung des Wechsels einen Vermögenswert, doch ist dieser Betrag nicht definitiv in sein Vermögen übergegangen, da er ihm möglicherweise wieder im Regreßwege entzogen werden kann, und im Fall des Konkurses ja entzogen wird. Die Annahme einer Resolutivbedingung stellt deshalb auch hier das notwendige Regulativ für die sofortige Einstellung dar.

Einzustellen sind dabei nur die eigentlichen Regreßforderungen oder die Beträge der Wertpapiere, die zu stornieren sind, nicht aber Protestkosten, Retourspesen usw.; wie Greber, S. 143, zutreffend ausführt.

Bei der hier vertretenen Ansicht, daß der Erfüllungserfolg erst mit der Abrechnung eintritt, können Bedenken aus der Vertragskonstruktion nicht entstehen, da hier bei der Einstellung nicht eine bedingte Erfüllung, sondern eine Entstehung bedingter Gegenforderungen in Frage kommt. Diese Folge spricht insofern für die hier vertretene Ansicht und gegen die Annahme sofortiger Tilgung bei jeder Einstellung; denn die Notwendigkeit, hier eine Bedingung in jedem Falle anzunehmen, würde im letzteren Falle zu bedingter Erfüllungswirkung bzw. bedingter Aufrechnung führen. Ersterem stehen juristische Bedenken und letzterem die Bestimmung des § 389 Satz 2 BGB. entgegen.

Die hier gegebene Erklärung verstößt aber auch nicht

gegen zwingende Vorschriften der KO. Es stellt sich eben nur heraus, daß ein Aktivposten infolge Eintritts einer Resolutivbedingung weggefallen ist, und die Wirkung dieses Eintritts wird durch die Konkurseröffnung nicht gehindert da ja die Wirkung der Bedingung stärker ist als die der Beschlagnahme im Konkurse, was unter anderm auch aus § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu folgern ist.

Eine Gelegenheit, weitere Folgerungen aus den oben angestellten Untersuchungen über das Wesen des Kontokorrentvertrages zu ziehen, gibt im Konkurse die Bestimmung des § 44 KO. über das sogenannte Verfolgungsrecht (droit de suite).

Voraussetzung für das Verfolgungsrecht ist, daß die Ware von dem Gemeinschuldner nicht oder nicht vollständig bezahlt ist.

Man wird den Ausdruck „bezahlt" nicht im engeren Sinne dahin auffassen dürfen, daß darunter nur die eigentliche solutio, die Tilgung der Kaufpreisschuld durch Hingabe von Geld, gemeint sei, sondern wird auch alle andern Tilgungsgründe: Hingabe an Erfüllungs Statt, Hinterlegung, Aufrechnung oder Erlaß darunter verstehen[1]).

Da der Kontokorrentvertrag nach der hier vertretenen Ansicht ein Aufrechnungsvertrag ist, der mit der Konkurseröffnung endet, eine Änderung des Saldos nach diesem Zeitpunkt also nicht möglich ist, die Aufrechnung aber gemäß § 389 BGB. rückwirkende Kraft hat, so wird man annehmen müssen, daß infolge der rückwirkenden Kraft die Voraussetzung für das Verfolgungsrecht in allen den Fällen fehlt, in denen zur Zeit der Konkurseröffnung entweder ein Aktivsaldo zugunsten der Konkursmasse oder eine sogenannte tote Bilanz besteht, d. h. keiner der Kontokorrentisten etwas zu fordern hat[2]). Man kann dem nicht entgegenhalten, daß nach § 389 BGB. die Forderungen

[1]) Vgl. v. Wilmowski, Anm. 5 zu § 44 KO.; Sarwey-Bossert, Anm. 5 u § 44.

[2]) Ebenso Sarwey-Bossert, Anm. 5 zu § 44, a. M. Petersen-Kleinfeller, Anm. 9 zu § 44; Mohr, S. 119.

doch nur als erloschen „gelten“, daß dies Erlöschen selbst aber erst durch die Abrechnung erfolgt — worauf anscheinend Mohr und Petersen — Kleinfeller ihre nicht genügend begründete Ansicht: daß erst mit der Verrechnung die Voraussetzung des Verfolgungsrechts wegfällt, stützen —; denn da der Kontokorrentvertrag mit der Konkurseröffnung endet und beide Teile verpflichtet sind die Abrechnung vorzunehmen, steht schon zur Zeit der Konkurseröffnung fest, daß bei der nachträglichen Abwicklung in der festgestellten Weise ein Erlöschen der Kaufpreisforderung eintreten wird. Die Bestimmung des § 44 KO. soll doch nur einen unbilligen Verlust des Verkäufers verhindern, ein solcher kann aber bei der hier vertretenen Ansicht gar nicht eintreten. Die gegenteilige Ansicht aber würde dazu führen, dem Verkäufer eine Möglichkeit zur Spekulation zu eröffnen [1]), — und das würde über das, was der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 44 KO. bezweckt hat, weit hinausgehen.

Was schließlich noch die Zinsen vom Saldo betrifft, so wird an sich, da die Abrechnung selbst nicht bei Beendigung des Kontokorrentvertrages erfolgt, der Teil, zu dessen Gunsten sich ein Guthaben ergeben hat, Zinsen vom Saldo bei beiderseitigen Handelsgeschäften gemäß § 353 HGB. verlangen können, da der Saldo mit dem Tage der Beendigung des Kontokorrentvertrages fällig geworden wäre. In Fällen aber, in denen der Gegner des Gemeinschuldners der Saldoberechtigte ist, würde er gemäß § 63 KO. diese Zinsen nicht gegen die Konkursmasse geltend machen können, es sei denn, daß er für den Saldo ein Absonderungsrecht haben würde.

3. Aus den Untersuchungen über die Wirkung des Konkurses auf den Kontokorrentvertrag oder das Kontokorrentverhältnis ergibt sich nunmehr leicht auch die Wirkung auf den Kontokorrentverkehr. Dieser Begriff

---

[1]) Man vergleiche die Ausführungen Mohrs a. a. O. über diese Spekulationsmöglichkeit.

ist an sich nur ein tatsächlicher, kein rechtlicher; denn er bezeichnet nur das ununterbrochene Abwickeln von Geschäften in Kontokorrentverhältnissen, gleichgültig ob dabei nur ein oder mehrere Kontokorrentverträge in Frage kommen. Wenn auch das Kontokorrentverhältnis als solches endet[1]), und eine Fortsetzung desselben nicht möglich ist, — siehe unten — kann doch der Kontokorrentverkehr auch im Konkurse fortgesetzt werden. Dann liegt aber rechtlich stets ein neuer Kontokorrentvertrag und ein neues Kontokorrentverhältnis vor. Ähnlich wie bei einem Mietsverhältnis, der Mieter nach Ablauf des ursprünglichen Mietsvertrages auf Grund eines neuen Vertrages weiter wohnen bleiben kann. Er bleibt dann wirtschaftlich ununterbrochen Mieter, rechtlich aber auf Grund zweier verschiedener Verträge, selbst dann, wenn die Bedingungen und Abmachungen des ersten Vertrages in den zweiten hinübergenommen worden sind. Ebenso muß auch hier stets ein neuer Vertrag angenommen werden, wenn auch der Saldo aus dem alten Kontokorrent als erster Posten auf neue Rechnung übertragen werden sollte. Rechtlich ergeben sich bei der Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs folgende Möglichkeiten:

Der Gegner des Gemeinschuldners will den Kontokorrentverkehr mit dem Gemeinschuldner selbst fortsetzen. Dies kann er natürlich dann, wenn der Gemeinschuldner einen neuen Geschäftsbetrieb mit konkursfreiem Vermögen

[1]) Eine Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses, d. h. des ursprünglichen Vertrages, kann nur dann in Frage kommen, wenn sich der Kontokorrentvertrag auf konkursfreies Vermögen des Gemeinschuldners bezieht, z. B. etwa im Falle des § 238 KO.; denn dann käme eine Beendigung durch die Konkurseröffnung überhaupt nicht in Frage. Vgl. v. Hartmann, S. 114. Wenn Makower trotz Annahme einer Endigung auch sonst stets eine Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses auf Grund besonderer Vereinbarung für möglich hält, und dies für eine im Einzelfalle mögliche vertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regel hält — Anm. 6 zu § 355 HGB. —, so ist das sowohl unklar als inkonsequent, da die gesetzlichen Regeln, insbesondere der § 55 KO. bindende Vorschriften sind.

eröffnet. In diesem Falle kann aber eine Übernahme des alten Saldos nur dann in Frage kommen, wenn der Saldo zuungunsten des Gemeinschuldners lautet. Dann kann der Gläubiger auf Anmeldung zur Konkursmasse verzichten und statt dessen seine Saldoforderung gegen den Gemeinschuldner als ersten Posten in das neue Kontokorrentverhältnis einstellen. Andernfalls aber wäre prinzipiell eine Übertragung des alten Saldos in diesem Falle in das neue Verhältnis nicht möglich; ein Aktivsaldo des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkurseröffnung würde ja als solcher Bestandteil der Masse sein und zur gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger dienen. Ein Verzicht auf Einbeziehung in die Masse wäre deshalb auch dem Verwalter in den meisten Fällen gar nicht gestattet, da darin eine Benachteiligung der Konkursgläubiger in den meisten Fällen zu finden wäre. Nur ausnahmsweise könnte dies geschehen, wenn die Verwertung entweder unmöglich oder von zu geringem Ertrag sein würde[1]).

Als zweite Möglichketi ist die Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs mit dem Konkursverwalter zu erwägen. Ein solcher kann in Frage kommen, wenn der Verwalter das Geschäft des Gemeinschuldners weiterführt. In einem solchen Falle würden allerdings bei Eingehung eines neuen

---

[1]) Auf die Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs mit Übernahme des alten Saldos bezogen ist in diesem Falle die Bemerkung Lehmann-Rings, Anm. 34, über die Art der Fortsetzung zutreffend; aber auch nur dann. Unverständlich aber ist die Bemerkung Kremers, S. 149: „im Konkurs werde der Kontokorrent fortgesetzt, indem der Gegner auf Anmeldung, der Verwalter auf Einbeziehung der Masse verzichte; vereinbarungsgemäß würden dann die Schuldposten der Masse wohl als Masseschuld zu gelten haben." — Ein Verzicht auf Anmeldung kann doch nur bei Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs mit dem Gemeinschuldner in Frage kommen. Wie dann aber die Schuldposten der Masse als Masseschulden anzusehen sein sollen, kann man sich schwer vorstellen. Bei der Fortsetzung aber mit dem Konkursverwalter würde aber, wenn diese möglich wäre, infolge des notwendigen Rechnungsabschlusses die Saldoforderung zur Zeit der Konkurseröffnung, nicht aber die einzelnen Forderungen in die neue Rechnungsperiode übernommen werden.

Kontokorrentvertrages gemäß § 59 KO. die Einzelforderungen des Gegners und ein sich etwa am Schluß ergebender Aktivsaldo des Gegners Masseschulden werden. Dies Moment macht es deshalb aber auch unmöglich, daß der alte Aktivsaldo des Gegners in das neue Kontokorrentverhältnis als erster Posten übernommen werden kann. Denn den Saldo zur Zeit der Konkurseröffnung würde der Gläubiger nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend machen können, in einer Umwandlung einer solchen zu einer Masseschuld würde aber, wie oben dargelegt, stets eine Bevorzugung dieses Gläubigers und eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger zu finden sein[1]). Eine Übernahme des alten Saldos könnte also nur dann in Frage kommen, wenn dieser ein Aktivsaldo der Masse wäre.

In allen den Fällen, in denen eine Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs mit Übernahme des alten Saldos sich als möglich erweist, würden die Parteien allerdings wirtschaftlich dasselbe Resultat erreichen, als wenn eine Beendigung des Kontokorrentverhältnisses überhaupt nicht, vielmehr nur ein vorzeitiger Rechnungsabschluß erfolgt sei. Hier hätte also der Streit der Meinungen, ob Endigung oder Nichtendigung des Kontokorrentvertrags durch die Konkurseröffnung mehr theoretische als praktische Bedeutung. Es darf aber auch in diesen Fällen der Unterschied der Konsequenzen nicht außer acht gelassen werden, auch wenn dies nur Konsequenzen für die rechtliche Qualifizierung wären. In allen anderen Fällen — und das ist bei weitem die Mehrzahl — ist die Frage Beendigung oder Nichtbeendigung des Kontokorrentverhältnisses auch praktisch von der größten Wichtigkeit. Insbesondere auch gerade in den Fällen, in denen eine Fortsetzung des Kontokorrent v e r k e h r s stattgefunden hat. Hier insbesondere für die Frage, was dann in den alten oder neuen Kontokorrent gehört, wofür etwa bestellte Sicherheiten haften,

---

[1]) Ebenso Hartmann, S. 114.

ob bei Vereinbarungen den Kontokorrent oder den Kontokorrentvertrag fortsetzen zu wollen, dies wirtschaftlich als Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs mit Übernahme des alten Saldos aufzufassen sei, oder ob etwa ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag im Sinne des § 306 BGB. vorliege und ähnliches.

Lebenslauf.

Ich, Oskar Viktor Helbig, bin geboren am 25. Oktober 1884 zu Allenstein (Ostpr.) als Sohn des Kaufmanns Karl Helbig und dessen Ehefrau Amalie geb. Spiering. Mein Vater ist verstorben.

Ich habe vom 6. Lebensjahr ab eine Privatschule des Fräulein Petrusch in Allenstein besucht, bis ich auf die Septima des Königlichen Gymnasiums in Allenstein aufgenommen wurde. Auf diesem Gymnasium habe ich Ostern 1904 die Reifeprüfung bestanden. Darauf habe ich an den Universitäten Königsberg i. Pr., Berlin, Greifswald und wieder Königsberg Rechte und Staatswissenschaft studiert. Am 12. Juli 1907 habe ich am Oberlandesgericht in Königsberg i. Pr. die erste Staatsprüfung mit dem Prädikat „genügend" bestanden und bin daraufhin zum preußischen Referendar ernannt worden. Am 7. Juni 1913 habe ich die große Staatsprüfung mit dem Prädikat „fast gut" bestanden und bin darauf zum Gerichtsassessor ernannt.

Helbig,
Gerichtsassessor.

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen.